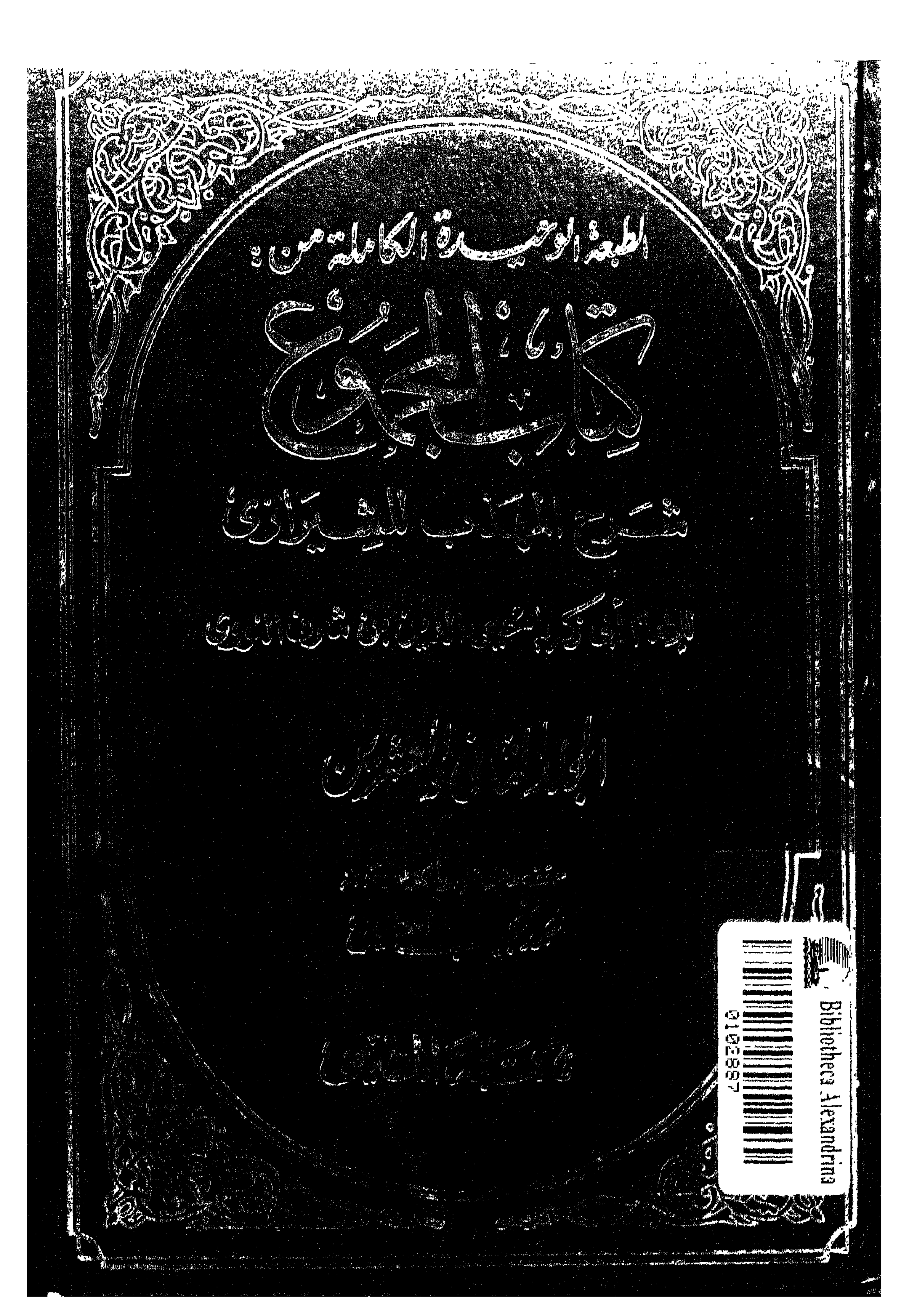

الطبعة الوحيدة الكاملة من:
كتاب المجموع
شرح المهذب للشيرازي
للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي
Bibliotheca Alexandrina
0102887







Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الطبعة الوحيدة الكاملة من :

كتاب المجموع

شرح المهذب للشيرازي

دعاء مستجاب :

أسأل الله الكريم العامه على احسن الوجوه وأكملها وأتمها وأعجلها ، وانفعها فى الاخرة والدنيا ، وأكثرها انتفاعا به وأعمها فائدة لجميع المسلمين ..

[الشيخ محيى الدين النووى فى المقدمة جـ ١ ص ٣ ، ٤]

الجزء الثاني والعشرون

(وهو الجزء الحادى عشر من تكملة هذا الشرح)

بقلم

محمد نجيب المطيعي

رئيس قسم السنة وعلوم الحديث

بجامعة أم درمان الاسلامية

مكتبة الإرشاد

جدة - المملكة العربية السعودية



قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الحدود

الشرح الحدود جمع حد ، وهو فى اللغة الحاجز بين الشيئين ، يطلق على ما يميز الشيء عن غيره ، ومنه حدود الدار ، وكانت العـرب تسمى البواب حدادا ، وبابه قتل قال الشاعر :

وجاعل الشمس جدا لا جفاء به

وقال الأعشى :

فقمنا ولما يصح ديكنا الى جونة عند حدادها

ثم أطلق الشرع الحكيم (الحد) على عقوبات المعاصى ، لأنها تمنع من العود الى تلك المعصية التى حد من أجلها فى الغالب . ويطلق الحد أيضا على نفس المعصية ومنه : (تلك حدود الله فلا تقربوها [1]) وتعريفه شرعا : (عقوبة مقدرة لأجل حق الله تعالى) فخرج بقولنا (مقدرة) التعزير لعـدم تقديره ، وخرج بقولنا : (لأجل حق الله تعالى) القصاص ؛ لأنه حق الآدمى .

وقد جاء فى الحديث الشريف من طرق بعضها صحيح وبعضها فيه مقال فنسوق الصحيح منها أولا فى الترغيب فى اقامة الحدود ، والترهيب من ترك اقامتها ، أو مواقعة أفعالها .

أخرج الشيخان فى صحيحيهما من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله عز وجل يغار ، وغيرة الله أن يأتى المؤمن ما حرم الله عليه » وأخرج ابن ماجه باسناد رجاله ثقات عن ثوبان

---

(١) الآية ٨٧ من سورة البقرة .

مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لأعلمن أقواما من أمتى يأتون يوم القيامة بأعمال أمثال جبال تهامة بيضاء ، فيجعلها الله هباء منثورا • قال ثوبان : يا رسول الله صفهم لنا ، جلهم [1] لنا ، لا نكون منهم ونحن لا نعلم ، قال : أما انهم اخوانكم ومن جلدتكم ، ويأخذون من الليل كما تأخذون ، ولكنهم قوم اذا خلوا بمحارم الله انتهكوها » وأخرج أصحاب الكتب الستة : الشيخان وأصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضى الله عنها أن قريشا أهمهم شأن المخزومية التى سرقت فقالوا : من يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ ثم قالوا : من يجترىء عليه الا أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه ، فكلمه أسامة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا أسامة أتشفع فى حد من حدود الله تعالى ؟ ثم قال فاختطب فقال : انما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف اقاموا عليه الحد ، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » •

وأخرج البخارى واللفظ له والترمذى وغيرهما من حديث النعمان بن بشير رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها ، فكان الذين فى أسفلها اذا استقوا مروا على من فوقهم فقالوا : لو أنا خرقنا فى نصيبنا خرقا ولم نؤذ من فوقنا ، فان تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا ، وان أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا » •

أما ما ورد من الأحاديث الحسان وما كان فيها ضعف أو غرابة فسوف ننبه عليه حين نسوقه مع كلام المصنف ، أو حين نستشهد به فى شرحنا ، ولنقدم بين يدى كتاب الحدود ما قاله المستشار أحمد موافى فى بحثه المقارن بين الشريعة والقانون الوضعى [2] :

---

(1) معنى جلهم هو معنى صفهم اى انعتهم بما يتحلون به من الخصال ، والمقصود ما يتصفون به ويفارقون به غيرهم من المؤمنين من معالم القول والعمل •

(2) من صفحة ١١ وما بعدها كتاب (من الفقه المقارن بين الشريعة والقانون) مطبعة مخيمر محاضرات القيت فى كلية الشريعة لطلبة الصف الثالث العام الجامعى ٦٣ — ١٩٦٤ •

(الفقه الاسلامى على ما تبين مما أسلفنا أحكام شاملة تناولت جميع النواحى التى تناولتها القوانين الوضعية ، وتزيد عليها ، فقد انتظمت جميع أفعال الانسان فى كل نواحى نشاطه ، فحددت الحدود ، وأقامتها على أساس من العدالة والاستقامة) .

ومن هذه الأحكام ما يبحث فى العبادات ، ومنها ما يبحث فى المعاملات على أوسع نطاق ، سواء اتصلت هذه المعاملات بشئون الأسرة أو الجرائم والعقوبات الى أن عقد بحثا فى الفصل الثانى بعنوان :

موازنة عامة بين الشريعة والقانون

ننقله بنصه . قال رحمه الله تعالى :

تقتضى هذه الموازنة أن تتعرض لأمور كثيرة ولكن دراسة المسئولية الجنائية فى هذه الحلقة فى كل من الفقه الاسلامى والقانون يقتضى توجيه النظر الى الناحية الجنائية بصفة أساسية عند الموازنة .

وسنتناول فى هذه الموازنة أهم جوانبها وهى :

أولا : نهج الشريعة والقانون فى تقرير الأحكام .

ثانيا : نطاق سريان التشريع الجنائى من حيث المكان والأشخاص والزمان .

ثالثا : تقنين الأحكام أو تدوينها .

رابعا : مصادر الأحكام أو تدوينها .

خامسا : مصادر الأحكام .

وسنخصص لكل منها مبحثا خاصا :

المبحث الأول

نهج الشريعة والقانون فى تقرير الأحكام

سلكت الشريعة الاسلامية طريقة تعرضت بها لجميع أفعال الانسان ما ظهر منها وما بطن ، وانتهت بطريقتها هذه الى تقرير حكم لكل فعل •• أما القانون فقد تعرض الى بعض أفعال الانسان الظاهرة دون أفعاله الباطنة ، ودون باقى أفعاله الظاهرة ، وفى دائرة العقوبات فرض عقوبات لأفعال معينة ، لأنها كما يرى هى التى تخل بكيان المجتمع وأمنه •

لهذا كانت الشريعة الاسلامية منذ النظرة الأولى أوسع من القانون نطاقا وأقدر على ملاءمة الزمن ومسايرة التطور •

ويتناول بحث هذا الموضوع أمرين :

أولهما : تعرض الشريعة الاسلامية للناحية الباطنية من تصرفات الانسان ، أو بعبارة أخرى العنصر الروحى فى تقرير الأحكام •

وثانيهما : حصر دائرة الأفعال المجرمة فى القانون ومسلك الشريعة الاسلامية فى هذا الخصوص •

اولا : العنصر الروحى فى تقرير الأحكام :

لا يعنى القانون كما أسلفنا الا بالظاهر من الأفعال ، أما الشرع الاسلامى فهو يهدف من أحكامه الى تحقيق غرضين :

أحدهما : يدور حول صلة الانسان بالخالق ، وثانيهما : يدور حول صلة الانسان بالمخلوق • فهو اذن قائم على أساس يجمع بين مصلحتى الدين والدنيا • لا فى العبادات فقط ولكن فى المعاملات أيضا ، فتراه يجعل لكل عمل حكمين :

(أ) حكما مرجعه الى صلة الانسان بالمخلوق ، وهـذا الحكم مستمد من الظاهر •

(ب) وحكما مرجعه الى صلة الانسان بالخالق ، وهذا الحكم مستمد من الباطن •

فالبيع مثلا ناحيته الظاهرية هى نقل الملكية فى المبيـع والثمن ووصف العقد تبعا لظروفه ، بأنه نافذ أو موقوف أو فاسد ، وناحيته الباطنية ترجع الى قصد المتعاقدين فيوصف بأنه مباح أو مندوب أو واجب أو حرام ، فاذا كان البيع مثلا لحاجة البائع الى الثمن كان مباحا ، واذا كان لاستثمار المال كان مندوبا ، واذا كان لدفع مخمصة كان واجبا ، واذا كان وسيلة لأكل الربا كان حراما ، وهذا يستتبع فساد العقد عند بعض الفقهاء دون بعضهم الآخر ، على أنه مع ترجيح وجهة نظر القائلين بأن الحرمة لا ينبني عليهـا الفساد ، وانما تكون المؤاخذة عليها عند الحساب يوم القيامة ، فان التشريع بهذه الوسيلة وهذا الأسلوب يعمل على خلق مجتمع صالح ، وذلك بوضع تربية الروح وتهذيب النفس فى الاعتبار ، فينبنى على ذلك بطبيعة الحـال صلاح أعمال الأفراد ، لأن النفس الخيرة لا تفعل الا خيرا ، والنفس الشريرة لا يصـدر عنها الا الشر ، ومتى صلحت نفس الفـرد صلح عمله ، ومتى صلحت أعمال الأفراد صلح المجتمع الذى يعيشون فيه •

واعتداء الانسان على غيره له حكمان : أحدهما يرجع الى صورته التى وجدت فى الخارج ، وما ترتب عليه من ضرر وهو جعل هذا الاعتداء سببا للضمان وموجبا للتعزير (العقاب) وحكم يرجع الى الباعث وهو كون هذا الفعل حراما يستوجب غضب الله وعقابه ، وهـذا الحكم مرتبط بالعقـاب والتعزير ومثل ذلك فى كل اعتداء على النفس أو على المال ، أو على العرض ، وفى كل عقد أو تصرف ، وفى الجملة فى كل فعل من أفعال الانسان •

احكام القضاء واحكام الديانة :

وتأسيسا على التفرقة السابقة بين الأحكام الظاهرة والأحكام الباطنة ،

قال الفقهاء بأن الأعمال الظاهرة فقط هى التى تتخــذ أساسا للمعاملة بين الناس ولأنه يمكن الوصول اليها بوسائل الاثبات الظاهرة ، ومن أجل ذلك أطلقوا عليها أحكام القضاء ، أما الباطنة فلا سـبيل الى اثباتها بوسائل الاثبات الظاهرة ، ومن ثم لا تتخذ أساسا للمعاملة بين الناس ، وانما تعتبر أساسا للمثوبة والعقاب من الله ، وواجب الانسان أن يعمل بها فى خاصــة نفسه ، ويطلق الفقهاء عليها أحكام الديانة •

وضرب الفقهاء أمثلة لذلك منها :

(١) أن الشخص اذا تزوج بقصد احلال المرأة لغيره لا يجوز له ديانة أن يباشرها وان كان القضاء لا يمنع من ذلك •

(٢) ومن يشهد زورا بطلاق زوجة من زوجها فتطلق بناء على هــذه الشهادة بواسطة القضاء لا يحل له أن يتزوجها بعد انقضاء عدتها ، وان كان القضاء لا يمنع من زواجها •

على أنه متى وجد السبيل الى معرفة ذلك وأمكن أن يكون فى متناول القضاء أصبح من الأمور الظاهرة ، أو فى عبــارة أخرى أصبح من أحكام القضاء •

مدى تأثير الاحكام الظاهرة بالاحكام الباطنة :

اختلفت نظرة فقهاء المسلمين ومنهم من رأى أن السبب اذا كان محظورا شرعا لم يترتب عليه أثره فى الظــاهر ومنهم من يرى أن الأثر يترتب رغم السبب المحظور شرعا ما لم يتم دليل مادى على النية المحظورة •

ومنهم من يفصل الأمر على نحو ما هو وارد فى كتب الفقه فى الموضوعات التى تختص بذلك كالعقد والضمان وغيرهما •

اهميــة التفرقة :

وقد حصل التساؤل عن أهمية التفرقة ما دام الحكم المبنى على الظاهر

هو مناط الالزام القضائى ، وعليه تقوم روابط الناس ، فضــلا عن عدم استطاعة تنفيذ الحكم الباطن بوسائل القهر والالزام .

وقد رد فضيلة الأستاذ الشيخ على الخفيف فيما كتبه فى مقدمة الحق والذمة (١) بأن ذلك لا يمنعنا من أن نصور الواقع بصــورته الواقعيــة الحقيقية دون نظر الى هذه الصورة وهــذا الوضع له فائدة لأن فى تعرض الشرع الاسلامى لهذه الناحية ـ ناحية الدين ـ وربط الأحكام الظــاهرة بها فائدتين :

الفائدة الأولى : ازالة ما فى الأحكام الجبرية من خشونة تدعو الى النفرة منها والقرار من مواجهتها وتنفيذها .

والفائدة الثانية : لفت القضاء الى أن يراعى فى أحكامه ما أمكنه تلك الناحية الدينية الأخلاقية فيجعل لها مجالا فى التطبيق ما استطاع الى ذلك سبيلا ، حتى يكون أقرب الى غرضــه فى الاصلاح وتوفير الرضا واقرار الطمأنينة والمحافظة على الحقوق .

على أن تقرير الأحكام على الصورة المتقدمة أمر له أثره البــالغ من ناحيتين أساسيتين :

الأولى : ناحية وضع الأحكام .

الثانية : ناحية تنفيذها .

فمن ناحية وضعها ، لا شك أن المشرع فى بحثه عن الحكم والتماسه من الأصول سيعمل جاهدا على معرفة ما يريده الله ، فتأتى أحكامه من هذه الوجهة عادلة وغير مغرضة ، فلن يضع حكما يجعل فيه مثلا هتك الأعراض فى بعض الأحوال عملا مباحا .

---

(١) الحق والذمة من دروس فضيلة الشيخ على الخفيف بقسم الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٤٥ ص ٢٣ .

أما من ناحية التنفيذ فانه لا ريب أن غالبية عظمى من الناس سيقبلون على تنفيذ الأحكام بما يحقق رضا الله ، يبتغون من وراء طاعته فضله ورضاه ، وهذا المعنى بذاته كفيل بأن يدفع الناس الى الخير ، ويكف أيديهم عن الأذى والشر ، ويمنعهم من الاعتداء على الناس وأكل أموالهم بالباطل. ذلك أن الأحكام ستكون مؤيدة بوجدانهم ومتصلة بضمائرهم ، فيخضعون لها عن عقيدة وحب ، لا عن رهبة وخوف ، أو فى الأدنى سيخضعون لها ابتغاء الثواب أو خوفا من العقاب يوم الحساب ، وستكون النتيجة الحتمية لذلك قلة عدد الجرائم والمنازعات فيطمئن الناس على أرواحهم وأموالهم وأعراضهم .

وعلماء القانون لم تخل أبحاثهم [1] عن التعرض لقواعد الأخلاق واجراء المقارنات بين ما تتضمنه هذه القواعد وما أتت به أحكام القانون نتراهم مثلا يبحثون فى الصلة بين القانون الجنائى والقانون الأخلاقى ، ويقولون بأن كلا من القانونين يهدف فى النهاية الى اسعاد الفرد والجماعة عن طريقى فرض أوامر ونواهى يلتزم بها الناس ، ولكنهم سرعان ما تصدمهم الحقيقة الصارخة وهى انعدام التطابق بين القانونين ، وانحصار كل منهما فى دائرته الخاصة ، وان تقاطعت الدائرتان فى حيز مشترك فمثلا :

(١) لا يعاقب القانون على فعل هتك العرض متى تجاوزت المجنى عليها الثامنة عشرة وكان الفعل برضاها (المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات) .

(٢) ويقضى القانون بعدم جواز محاكمة أحد الزوجين اذا زنى ما لم يتقدم الزوج الآخر بشكوى يطلب المحاكمة (المواد ٢٧٣ ، ٢٧٧ من قانون العقوبات و ٣ من قانون الاجراءات الجنائية) .

(٣) ويقضى بأن للزوجة التى زنى زوجها فى منزل الزوجية الحق فى أن

---

(١) لا يجمع بحث على ابحاث وانما يجمع على بحوث لأن فعل بسكون العين لا يجمع على افعال الا اذا كانت عينه او لامه حرف علة كقول واقوال ، وقوس واقواس . المطيعى

تزنى مع غيره ولا تثريب عليهـا ان فعلت ذلك (المـادة ٢٧٣ من قانون العقوبات) •

(٤) ويعطى القانون كذلك للزوج الحق فى أن يعفو عن زوجته الزانية حتى بعد دخول السجن فيطلق سراحها منه متى ارتضى معاشرتها (المـادة ٢٧٤ من قانون العقوبات) •

(٥) ويقضى بعدم العقاب على الخاطف اذا تزوج بمن خطفها ، وقـد يكون الخاطف غير كفء لها (المادة ٢٩١ من قانون العقوبات) •

(٦) ويقضى بعدم العقاب على الشروع فى الاجهاض (المادة ٢٦٤ من قانون العقوبات) •

(٧) ولا يعاقب القانون على الشروع فى أية جنحة الا بنص (المادة ٤٧ من قانون العقوبات) وخرج عنده من حيز العقاب الشروع فى جنح الاعتداء على النفس بالجرح والضرب ومراودة المرأة على العرض ، ومن أجل ذلك أسلفنا أن المشرع المصرى عام ١٨٨٣ قد جانبه الصواب حين قال بأنه قـد عين فى قانون العقوبات درجات العقوبة التى لأوليـاء الأمر شرعا تقريرها بدون اخلال فى أى حال بالحقوق المقررة لكل شخص بمقتضى الشريعـة الغراء •

وعنـدى أنه لم يكن لذلك المشرع حد يلتزمه ، أو نطـاق يعمل فى دائرته ، أو رقيب يعمل بحسابه ، فوضع الأحكام على هواه ، حتى انهـا اختلفت فى المسألة الواحدة تبعا لمـا اذا كان المجنى عليه رجلا أو امرأة • فعقوبة الرجل الزانى تختلف عن عقوبة الزوجة الزانية فى القانون ، اذ الزوج يعـاقب بالحبس مدة لا تزيد على سـتة أشهر (المـادة ٢٧٧ من قانون العقوبات) ، أما الزوجة فتعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (المـادة ٢٧٤) كذلك فان الزوج اذا استفزته زوجته وزنت مع غيره وقتلهـا حال التلبس هى ومن معها ، عوقب بالحبس بدلا من العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد (المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات) •

أما اذا كان الزانى هو الزوج فلم يعترف القانون بهذا العذر للزوجة ، كذلك لم يعترف به للوالد ولا للأخ ولا للولد ، وحتى فى العذر بالنسبة للزوج لم يجعل القانون من قيام حالة التلبس بالزنا سببا يبيح القتل ، بل جعل منه عذراً قانونيا مخففا تحل به عقوبة الحبس محل الأشغال الشاقة .

ومعنى ذلك أن الزوجة ومن يزنى بها يكونان أمام زوج مقدم على ارتكاب جريمة ضد النفس فيحل لهما دفعه بالقتل .

ومن ثم اذا كانت الزوجة أو الزانى بها أسرع فى قتل الزوج الذى شرع فى قتلهما وقضيا عليه أفلتا من كل عقاب . من عقوبة الزنا لأنها سقطت بموت الزوج ، ومن عقوبة القتل لأنهما كانا فى حالة دفاع شرعى عن النفس يبيح القتل .

والواقع ، أننا فى أى مجتمع فى حاجة ملحة الى معيار تقاس به الأحكام عند وضعها ، والى قوة تهيمن على المشرع عند تقرير الأحكام .

وعندى أن خير قوة من هذا النوع ، وأجدى مقياس فى الواقع تقاس به الأحكام هو مراعاة صلة العبد بالخالق عند تقريرها .

وهكذا الحال أيضا عند تنفيذ الأحكام ، لابد من وجود قوة تهيمن على الأفراد يعملون حسابها ، وخير قوة هى وضع خشية الله فى الميزان ، اذ بذلك يكون ضمير الأفراد هو الحارس الأمين على تنفيذ الأحكام ، فيرعونها فى السر والعلانية ، ويخشون الله الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور .

ان علماء الاجرام يدرسون أسباب الجريمة والدوافع اليها ويعملون من وراء دراستهم على مكافحتها ، وتحرى أسبابها ، ووضعوا من أجل ذلك علوما وبحوثا كعلم التاريخ الطبيعى للانسان من الناحية الجنائية لاستخلاص أسباب الاجرام من دراسة شخص المجرم ، وعلم الاجتماع الجنائى لبحث البيئة التى يعيش فيها المجرم ، وهى أبحاث لا غنى عنها فى الواقع فى كل مجتمع ولا تتنافى مع خطة الفقه الاسلامى فى البحث ، وانما تكمل هذه

الأبحاث اذا اتخذت ضوابط الفقه الاسلامى أساسا لخطتها ، لأنها عندئذ ستتعرض للجانب الروحى وسترتبط تصرفات الأفراد بالأخلاق وبمدى ما فيها من حل وحرمة . والناس فى هذا العالم فى حاجة الى ضوابط روحية الى جانب الضوابط المادية . وفى حاجة الى ربط الأحكام بقوة تسيطر على النفس وتكبح جماحها ان هى أقدمت على شر أو فكرت فى اذى . ومن أجل ذلك سن التشريع الاسلامى الى جانب أحكام المعاملات أحكاما للعبادات ووسائل التقرب الى الله من صلاة وصوم وحج وزكاة ، وذلك على خلاف التشريعات الوضعية التى لم تتعرض لشىء من ذلك . كيما يهذب النفوس ويربى الأرواح . ويوقظ الضمائر ، الى جانب دعوتها الى الفضيلة ونهيها عن الفحشاء والمنكر .

ففى الحج مثلا نرى المجتمع الاسلامى يقوم على الهدوء والطمأنينة والأمن ، ونراه لا يقوم على ضغينة أبدا ، مع أننا فى المجتمع العادى نسن قوانين للتجمهر يعتبر فيها كل تجمع يضم أكثر من أشخاص جريمة متى كان من شأن ذلك تعريض السلم العام للخطر .

ذلك لأن الله سبحانه رسم للناس دستور المجتمع فى الحج بقوله : « الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج » وهكذا تمر فترة الحج ، وينصرف مئات الألوف من الحجيج دون حصول ما يكدر الصفو أو يخل بالأمن .

كذلك فى رمضان — شهر الصوم — تنعدم الجرائم بين الصائمين بل وتنعدم المعاصى حتى من الأشخاص الذين يستبيحونها فى غير رمضان ، فشارب الخمر اذا صام يقلع عن شربها ومن يوسوس له الشيطان بشر أو انتقام اذا صام يحول الصوم بينه وبين التفكير فى الشر والانتقام .

ولا يقف الأمر عند حد الامتناع عن الأذى ، بل ان الصوم يدفع الانسان الى الخير ، فيحمله على التصدق من ماله ويحمله على صلة ذوى الأرحام ، ويحمله على العطف على اليتامى والفقراء والمساكين . كل ذلك يؤكد أن

الدوافع الروحية لها أثرها البالغ فى تصرفات الناس وحرصهم الشديد على تنفيذ الأحكام ، لأنهم يضعون فى الميزان رضا الله عنهم وخشيتهم منه وتقربهم اليه •

ثانيا : تحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها ومسلك الشريعة فى ذلك :

(أ) فى الجرائم :

يقوم التشريع الجنائى فى القانون على قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات، وهى قاعدة ذات ركنين : ركنها الأول أنه لا جريمة الا بنص ، وركنها الثانى أن العقوبة مقدرة بالنص كذلك •

وقد ورد هذا المبدأ فى وثيقة حقوق الانسان سنة ١٧٨٩ عقب الثورة الفرنسية • ومنذ ذلك التاريخ أصبح مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات هو المحور الذى ترتكز عليه القوانين الجنائية فى تحديد الجرائم والعقوبات •

فأصبح كل انسان يعرف سلفا ما هو مباح من الأفعال ، وما هو غير مباح منها ، ولم يعد من سبيل البتة لاعتبار فعل ما جريمة والعقاب عليه — مهما كان سائغا — ما دام القانون لم يجرم هذا الفعل ويفرض له عقوبة • فمثلا : هتك العرض ليس فى القانون جريمة الا اذا وقع بالاكراه أو على إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره فمن يأتيه على غير هذه الصورة التى جرمها القانون ، أى يأتيه على انسان جاوز الثامنة عشرة بغير اكراه يكون قد أتى عملا مباحا ، وبالتالى يكون فى مأمن من كل عقاب ، ويظهر أثر المبدأ فى التشريع والقضاء على حد سواء •

فعلى المشرع أن يحدد الجرائم سلفا والعقوبات المقررة لهما بنصوص مكتوبة وتصبح هذه النصوص سارية من التاريخ الذى يتحدد لنفاذها ، ولا تسرى على ما وقع قبل نفاذها من تصرفات ، وعلى القاضى أن يلتزم بهذه القوانين ، ومن ثم فلا يكون له حق التجريم أى اعتبار أفعال ما جرائم بغير نص ، وكذلك يمتنع عليه أن يلجأ الى القياس اذا عرض عليه أمر لم يرد فيه نص • وخلاصة ما تقدم :

(١) أن القاضي لا يستطيع اعتبار فعل ما جريمة ما لم يكن قد جرمه نص مكتوب وكذلك لا يستطيع تقرير عقوبة الا بنص مكتوب .

(٢) أن القاضي ممنوع من الالتجاء الى القياس .

هذا هو حكم القانون فما هو رأى الشرع فيما تقدم ؟

لا جريمة فى الشرع الا بنص ، والجريمة فيه كل محظور بالشرع زجر الله عنها بحد أو تعزير ، والحد هو العقوبة المقررة الواجبة حقا لله ، ومنه القصاص الذى يعتبر عقوبة مقدرة واجبة حقا لله أو للأفراد ، أما التعزير فهو عقوبة غير مقدرة واجبة حقا لله أو للأفراد . ومن الجرائم فى الشريعة المعاصى وهى ترك الواجب وفعل المحرم . ومن الأمثلة على ترك الواجب : عدم الوفاء بالدين مع القدرة على أدائه ، وخيانة الأمانة .

ومن الأمثلة على فعل المحرم : اليمين الزور وشهادة الزور وسرقة ما لا قطع فيه .

وقد انعقد الاجماع عند فقهاء المسلمين — كما سلف القول — على أن كل ما يحدث للناس من وقائع فى الحياة الدنيا له فى الشريعة الاسلامية أحكام .فالقاعدة أن لكل فعل حكما ، وهذا الحكم شرعى . والأحكام اما أن تكون قد وردت صراحة فى الكتاب أو السنة ، واما أن تعرف من دلائل أخرى ، والدلائل الأخرى ذاتها أرشد اليها الشرع ليعرف بها حكم ما لم يرد بحكمه نص فى الكتاب أو السنة .

ويفهم من ذلك أنه اذا ارتكب انسان فعلا فانه يجرى البحث عن الحكم لهذا الفعل فى الكتاب وفى السنة فان كان ثمة نص وجب تطبيقه والا فانه يجب البحث عن حكم الله من أى دليل شرعى .

ويستفاد من ذلك : أن البحث عن أى حكم لم يرد فيه نص من كتاب أو سنة ، انما يجرى لمعرفة حكم الله فيه بالاجتهاد ، أى أن حكم الله موجود ، والحكم الذى يهتدى اليه المجتهد لا يعتبر ألبتة شرعا جديدا ، وان هو الا

اهتداء الى حكم الله فى الواقعة ، والله تعالى يقول : « ان الحكم الا الله » .

فالجرائم اذن معروفة سلفا وقانونية فى الشرع الاسلامى ومحددة ، وليس للقاضى كما يقول الكثيرون خطأ ــ سلطة التجريم فى الشريعة الاسلامية ، وانما له فقط حق الاجتهاد والبحث عن حكم الله فيما هو معروض عليه بتفسير ما ورد فى النصوص أو التماس الحكم من الأدلة الشرعية الأخرى .

وقد انتهى علماء الأصول الى أن الطرق التشريعية لا تقتصر دلالتها على الأحكام التى تفهم من ألفاظها وعباراتها ، بل يستدل بها أيضا على أحكام تفهم من روحها ومعقولها ، فقسموا دلالة النص الى دلالة بمنطوقه ، وأخرى بمفهومه .

وقسموا دلالة منطوقه الى دلالة عبارة ، ودلالة اشارة .

وقسموا دلالة المفهوم الى دلالة على حكم المفهوم الموافق ، ودلالة على حكم المفهوم المخالف ، وتوصل الفقهاء من ذلك فى النص الواحد الى جملة أحكام .

ثم ان النصوص التشريعية غالبا ما ترد مقترنة بذكر علة الحكم أو المصلحة التى شرعت لأجلها .

ففى الخمر والميسر يقول الله تعالى : « انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ، ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » .

وفى الصدقة يقول : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » . فاقترن الحكم فى الخمر والميسر بالعلة واقترن فى الصدقة بالمصلحة ، وفى ذلك ما يدل على أن أحكام الله تدور مع مصالح العباد ، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ، وما يدل أيضا على ارشاد المسلمين الى قياس ما لم يرد فيه نص بما ورد فيه النص والحاق الأشباه بالأشباه ومن هنا يمكن

استخلاص حكم الله فيما لم يرد فيه نص ، وعلى هـذا الأساس اجتهـد المجتهدون وتوصلوا الى معرفة أحكام الله سبحانه وتعـالى ، فعرفوا علة الأحكام التى وردت بالنص ، وعلى أساسها صاغوا المبادىء ، وأناروا لنـا الطريق ، وكشفوا لنا عن أحكام الله ، وهذا لا يمنع أبدا اقتفـاء آثارهم والسير على هداهم ، ومعرفة أحكام الله فيما لم يرد فيه نص ، وفيمـا لم يعرض على من سبقونا فى الاجتهاد من أقضية ووقائع •

وما من شك فى أن أسلوب الشريعة الاسـلامية فى النص على بعض الأحكام وتبيان عللها والمصالح التى بنيت عليها وترك التفاصيل هو أسلوب حكيم ، لأن التفاصيل تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والبيئـات ، وترك التفاصيل للاجتهاد أدعى الى مسايرة التطور وأهدى الى اقامة العدل بين الناس ودفع الحرج عنهم •

وعلى هذه الصورة يختلف الشرع عن القانون : فالقانون يحصر الجرائم بالنص عليها كتـابة مع تحديد عنـاصرها وأركانها وما لم يرد تحريمه فى النصوص لا يمكن أبدا اعتباره جريمة مهما كان مستهجنا أو قبيحا •

أما فى الشرع ، فقد تبينا أن لكل فعل حكما فالشرع اذن من هـذه الناحية أوسع من القانون نطاقا فهو يضم فى دائرته كل الأفعال الآثمة سواء ورد بها نص أو لم يرد بها نص •

وقد بدأ رجال القانون أنفسهم ينعون على حصر الجرائم على الصورة التى عرفتها القوانين بأنها تنتهى الى جمود التشريع وتخلفه عن مجـاراة التطور لأن الشرع لا يمكنه الاحاطة مقـدما بكل ما تتمخض عنه ظروف الحياة المتجددة فتتهيأ للاشرار فرص ارتكاب كل الأفعال الضارة التى لم يحرمها القانون ، وتظل هذه الأفعال مباحة حتى يتنبه المشرع ويتدخل فينص على تحريمها •

ومن ذلك ما فعله المشرع الفرنسى عندما نص على تجريم فعل الفاحشة

مع الموتى وقد كان قبل ذلك عملا مباحا حتى تأذى الشعور العام من تكرار اتيان هذه الأفعال من أفراد عرف عنهم الشذوذ باتيان الموتى .

ويدخل المشرع المصرى بالنص على العقاب على اخفاء الأشياء المتحصلة من غير جريمة السرقة اذ كان المعاقب عليه هو اخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة السرقة دون غيرها .

وتدخل أيضا فنص على عقاب من يدخل المطاعم ويتعاطى الطعام مع عدم قدرته على دفع الثمن وقت تعاطيه وقد كان ذلك عملا مباحا .

ولو رجعنا الى حكم الشريعة لوجدنا حكم هـذه الأفعال معروف عن طريق قياسها على الجرائم المشابهة ، اذ لا أفهم أبدا أن يكون ثمة تفرقة بين اتيان الفاحشة مع انسان حى ، وبين اتيانها مع انسان ميت ، كذلك لا أفهم أن يكون ثمة تفرقة بين اخفاء أشياء متحصلة من سرقة ، وأخرى متحصلة من نصب أو خيانة أمانة مع ما بينها جميعا من تشابه .

وربما كان التشريع الانجلوسكسونى أقرب الى تحقيق العدالة فى المجتمع من التشريع اللاتينى الذى أخذ عنه القانون المصرى : ففى انجلترا مثلا ليست القوانين المكتوبة هى كل شىء بل انه على العكس تعتبر النصوص المكتوبة استثناء من القانون العام غير المكتوب .

فالقاضى يملك توقيع العقاب على كل من يعتدى على القانون العـام ، وهو أمر شبيه الى حد كبير بنظام التعزير فى الشريعة الاسـلامية ، غير أن الشريعة الاسلامية تعتمد على أحكام وردت بالنص ، وعلى أحكام مستمدة من الدلائل الشرعية فلها ضوابط قانونية ، ذلك أن الله سبحانه وتعـالى وضع اطار تشريعه وحدده ، وفرض هذا التشريع حتى تقوم الساعة ووصف تشريعه بالكمـال حين من على عبـاده بقوله : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا » .

وهؤلاء الذين يقولون انهم حصروا الجرائم ، ما رأيهم قبل أن يتدخل القانون بالنصوص بعد أن تأذت البشرية فى مثل هذه الأفعال :

فيمن باع أكباد الموتى لاطعام الناس ؟

ومن باع لحوم الكلاب والقطط ؟

ومن ارتكب الفاحشة مع الموتى ؟

ومن احتكر أقوات الناس بغية رفع الأسعار ؟

وما رأيهم فيما لم يجرمه القانون حتى الآن ؟ ما رأيهم فيمن يأتون الفاحشة فيمن تجاوزت الثامنة عشرة برضاها ؟ والزانية التى زنى زوجها فى منزل الزوجية قبلها ؟ والشروع فى الانتحار ، وهو شروع فى قتل النفس التى حرم الله قتلها الا بالحق ؟ والشروع فى الاجهاض ؟ والشروع فى جرائم الجرح والضرب والاتلاف وخيانة الأمانة ، وما رأيهم فى مساومة المرأة على عرضها ؟

كل هذه أمور لا يفلت مقارفوها من العقاب فى حكم الشريعة الاسلامية لكى تعمل على خلق مجتمع نظيف وضعت فيه الأحكام مؤسسة على رعاية مصالح الناس وأقامتها بينهم على دعائم من العدالة والمساواة •

وقد أسلفنا أنه عند استظهار حكم الله لواقعة ما يلاحظ دائما صلة العبد بالخالق وصلة العبد بالمخلوق •

قال ابن تيمية : (الأحكام اما أن يكون مرجعها الى بيان العبادات ووسائل التقرب الى الله تعالى ، من صلاة وحج وصوم وما الى ذلك ، واما أن يكون مرجعها تدبير أمور الدنيا والمعايش من أعمال وعبادات ومعاملات فما كان مرجعه العبادة والتقرب الى الله تعالى فالواجب الوقوف به عند النصوص الواردة فيه ، وعدم التجاوز لحدودها ، فان التقرب اليه سبحانه وتعالى يجب أن يكون على وفق ما طلب وأمر ، لأن ذلك حقه ، ولا يعلم الا من جهته ، وأما ما كان مرجعه الى بيان شئون النـاس وتدبير أمورهم الدنيوية فى هذه الحياة ، وتنظيم روابطهم القانونية فكتاب الله صريح فى أن أساسه رعاية مصالح النـاس واقامتها على أسس من العـدالة الشاملة والمساواة الحكيمة والنظام المستقر مع دفع الضر والحرج عنهم •

وهذا مستفاد من النصوص التى أقامت الدعائم فى الكتاب أو السنة ومن قوله تعالى : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » ، وقوله : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » وقوله : « يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم اصراهم والأغلال التى كانت عليهم » •

وقول النبى عليه الصلاة والسلام : « كل المسلم على المسلم حرام ، دمه ، وماله ، وعرضه » •

وبذلك وسعت أحكام الشريعة كل حاجات الناس فى كل طور من أطوار الحياة ، وجاءت فى الوقت نفسه رحيمة بالعباد) •

(ب) فى العقوبات :

اولا ــ فى القــانون :

تنقسم العقوبات فى التشريع الجنائى الى عقوبات جنايات وعقوبات جنح وعقوبات مخالفات وهو نفس الأساس الذى بنى عليــه تقسيم الجرائم الى جنايات وجنح ومخالفات ، وهو التقسيم الرئيسى الذى اعتمده الشــارع المصرى فى الباب الثانى من الكتاب الأول تحت عنوان « أنواع الجرائم » • وبالرجوع الى نصوص هذا الباب (المواد ١٠ و ١١ و ١٢ بصفة خاصة) نرى أن العقوبات تتنوع من هذه الوجهة الى :

(١) عقوبات الجنايات ، وتشمل الاعدام والأشغال الشــاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن •

(٢) عقوبات الجنح ، وتشــمل الحبس الذى يزيد أقصى مدته على أسبوع ، والغرامة التى يزيد أقصى مقدارها على جنيه مصرى •

(٣) عقوبات المخالفات ، وتشمل الحبس الذى لا يزيد أقصى مدته على أسبوع ، والغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على جنيه مصرى • غير أن

تقسيم العقوبات على هـذا النحو ، وان كان يميز بينهـا من حيث درجة جسامتها ــ فانه لا يفصل بينها تماما فى بعض الأحيان من حيث طبيعتها ويبدو هذا بالذات فى مقارنة عقوبات الجنح بعقوبات المخالفات ، فطبيعتها واحدة كما هو واضح .

على أن تخصيص أنواع العقوبات على الوجه المتقدم لفئـات الجرائم الثلاث ليس الا بالقاعدة العـامة ، ذلك أن المشرع نراه يقرر عقوبة الغرامة بصفة ثانوية لبعض الجنايات كما فعل فى جناية الرشوة [1] وجناية اختلاس الأموال الأميرية وغيرهما ، ونراه أحيـانا يستعيض عقوبة الحبس بعقوبة الأشغال الشاقة والسجن تطبيقا للمادة ١٧ ع الخاصة بالظروف المخففة ، أو بالنسبة للأحداث المجرمة تطبيقا للمادة ٦٦ ع ، كما أنه على العكس قـد يستعيض عقوبة الأشغال الشاقة ، وهى عقوبة جناية ، بعقوبة الحبس المقررة للجنح ، وذلك تطبيقا لأحكام العود (م ٥١ ع) أ هـ .

اذا ثبت هذا فقد حق لنا أن نبدأ بما بدأ به المصنف كتاب الحدود وهو باب الزنا .

(١) عدلت قوانين العقوبات الجديدة فوصلت عقوبة جريمة الرشوة الى الاشغال الشاقة المؤبدة وكذلك فى الأموال الأميرية اذا اختلسها أو بددها أو اتلفها . المطيعى

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حـــد الزنا

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام ، والدليل عليه قوله عز وجل : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة (١) وساء سبيلا » وقوله تعالى : « والذين لا يدعون مع الله آلها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ، ومــن يفعل ذلك يلق اثاما » (٢) وروى عبد الله قال : « سالت النبى صلى الله عليــه وسلم أى الذنب أعظم عند الله عز وجل ؟ قال : أن تجعل لله ندا وهو خلقك ، قلت : ان ذلك لعظيم قال : قلت ثم أى ؟ . قال : ان تقتــل ولدك مخافة ان يأكل معك ، قال : قلت ثم أى ؟ قال : أن تزانى حليلة جارك » .

الشرح قوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشــة .. الآية » ان الله تعالى حرم الاقتراب من الزنا وهو أدعى الى تحريمه هو ، لأن الاقتراب يشتمل على النظر المراهقة كما يشتمل على تبرج المرأة ، وتعراض مفاتنها للرجال ، واتخاذ الملابس وسيلة لاستلفات الأنظار لما تكشف من سوءات أو يتوارى قريبا من شفافيتها بعض مظــاهر الأنوثة ، فتثير بذلك التلهب العــارم فيتحول المجتمع الى قطيع بهيمى يتلظى بالشبق الجنسى والاغتلام الدنىء ، فيتعطل عن نجاد المكرمات ، لتمرغه فى ردغة الشهوات . ولكل حرف فى الكتاب العزيز معنى ، فاذا قال تبارك وتعالى : « لا تقربوا الزنا » كان المعنى أعم من قوله : لا تزنوا ، لأن النهى عن الفعل ذاته ليس نهيا عن ملابساته أو ما يحيط به ، أما النهى عن الاقتراب منه فانه يعم كل ما ذكرنا من أفعال الرجال وأفعال النساء على السواء .

أما قوله تعــالى : « والذين لا يدعون مع الله الهــا آخر ولا يقتلون النفس .. الآية » للباطنية فى نصــوص الشريعة مذاهب فى التأويل فمن

---

(١) الآية ٣٢ من سورة الاسراء .
(٢) الآية ٦٨ من سورة الفرقان .

مذهبهم الذى تأولوا فيـه معنى هـذه الآية ما حكاها القرطبى عنهم اذ يقولون : لا يليق بمن أضافهم الرحمن اليه اضـافة الاختصاص وذكرهم ووصفهم من صفات المعرفة والتشريف وقوع هذه الأمور القبيحة منهم حتى يمدحوا بنفيها عنهم ، لأنهم أعلى وأشرف ، وانما معناها لا يدعون الهوى آلها ، ولا يذلون أنفسهم بالمعاصى فيكون قتلا لها ، ومعنى (الا بالحق) أى بسكين الصبر وسيف المجاهدة ، فلا ينظرون الى نسـاء ليست لهم بمحرم لشهوة فيكون سفاحا ، بل بالضرورة فيكون كالنكاح ، قال شيخنا أبو العباس ــ هذا كلام القرطبى ــ وهذا كلام رائق ، غير أنه عند السبر مائق ، وهى نبعة باطنية ، ونزعة باطلية ، وانمـا صح تشريف عبـاد الله باختصاص الاضافة بعد أن تحلوا بتلك الصـفات الحميدة ، وتخلوا عن نقائض ذلك من الأوصاف الذميمة ، فبدأ فى صدر هذه الآيات بصـفات التحلى تشريفا لهم ثم أتبعها بصفات التخلى لها والله أعلم .

قلت : مما يدل على بطلان ما ادعاه هذا القائل من أن تلك الأمور ليست على ظاهرها ما روى مسلم من حديث (1) عبد الله بن مسعود قال :

« قلت يا رسول الله ، أى الذنب أكبر عند الله ؟ قال : أن تدعو لله ندا وهو خلقك . قلت : ثم أى ؟ قال : أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك . قلت : ثم أى ؟ قال : أن تزانى بحليلة جارك » فأنزل الله تعالى تصديقها : « والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما » .

والأثام فى كلام العرب العقاب ، وبه قرأ زيد وقتادة هذه الآية . ومنه قول الشاعر :

جزى الله ابن عروة حيث أمسى عقوقا والعقـوق له أثام

أى جزاء وعقوبة . وقال عبد الله بن عمرو وعكرمة ومجاهد : ان أثاما واد فى جهنم جعله الله عقابا للكفرة قال الشاعر :

---

(1) هذا هو حديث الفصل الذى أورده المصنف .

لقيت المهالك فى حربنا وبعد المهالك تلق أثاما

وقال : ــ وكان مقامنا ندعوا عليهم بأبطح ذى المجاز له أثام

ثم قال : وفى صحيح مسلم أيضا عن ابن عباس أن ناسا من أهل الشرك قتلوا فأكثروا ، وزنوا فأكثروا ، فأتوا محمدا صلى الله عليه وسلم فقالوا : ان الذى تقول وتدعو اليه لحسن ، وهو يخبرنا بأن لما عملنا كفارة ، فنزلت : « والذين لا يدعون مع الله الها آخر الى قوله : يلق أثاما » ونزل : « يا عبادى الذين أسرفوا على أنفسهم لا تقنطوا من رحمة الله ــ الآية » اهـ .

قلت : ان الآية دلت على أن أعظم الكبائر قتل النفس بغير حق ثم الزنا ، فليس بعد الكفر أعظم منهما .

والزنا مرض يستحكم فى النفوس ، ويقوى تأثيره فيها ، فيجعل صاحبه يبحث عن الأسباب المؤدية اليه ، وذلك هو طغيان الشهوة الحيوانية فى الانسان حتى تخرج به عن الحد الذى رسمه العليم الحكيم ، وحسبك من قوة هذا الشر ، أنه لا يقع الا بتعاون نفسين على كل منهما ، فالرجل مثلا يداعب المرأة ويخاتلها حتى يستلب منها عفتها ، ويسطو على غيبها الذى أمر الله أن يحفظ ، ويعبث بعصمتها وصيانتها ، ونفس المرأة وما جبلت عليه من شهوة مستحكمة تساعد ذلك الرجل الهائج ، لأنها شريكة فى المطلب الدنىء ، فهما رغبتان قويتا الحيوية يتظاهران على ما بقى من نوازع الحياء والدين ، ويتسلطان على بقايا الخير فى الضمير ، التى تضعف رويدا حتى تتوارى وتستنيم مغلوبة على أمرها مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يزنى الزانى حين يزنى وهو مؤمن » وآثار هذا الجرم القبيح ونتائجه المقوتة أكثر من أن تحصى ، وأظهر من أن تشرح . وناهيك بجريمة يرتكبها صاحبها وهو جذلان مسرور . بينما يجنى على نفسه باغضاب خالقه ورازقه . وتعرضه لشديد عقابه . وعلى صاحبته بهتك عرضها وتعريضها لاقتراف كبيرة وهى لاهية مسرورة . وتدنيس شرف أسرتها والحاق العار

بأهلها ولم يقترفوا من جرمها شيئا ، ثم الجناية على الجنين الذى قد يولد بينهما فيعرض للقتل (وهو الغالب) أو الضياع • أو النفرة من المجتمع والحقد عليه ، فيكون عنصرا مدمرا مخربا • لشعوره بالعار الملازم له • واحتقار كل من يعرفه ، أو الجناية على بعلها ان كان لها بعل ـ وعلى أولاده باقحام شخص غريب بينهم يشاركهم بلا حق فى رزقهم وشرفهم واسمهم وكل ما يخصهم • ثم يتبع ذلك أحكام لا يعلمها الا الله ، وناهيك بما فى الزنا من مضار صحية • ومضار نفسية • فان المرء اذا استمرأه وأحب التنقل فيه ، فلا يزال يحيك شراكه لايقاع الأبرياء فى وهدته حتى يتفاقم الشر ويتزايد الضرر ، وكلما جاء عامل جديد فتح به باب من الشر جديد •

هذا بعض نتائجه السيئة ، وبعض دواعيه وعوامله القوية ، فهل يستغرب بعد هذا أن يكون الأسلوب فى علاجه هو أن تجمع الأذهان وتسترعى النفوس لما يلقى عليها فى شأنه من الأحكام المفصلة والآيات البينات فى سورة يقول فيها : « أنزلناها [1] وفرضناها » : ان ذكر الأحكام الزاجرة على الوجه التفصيلى ، وتنويع الأساليب المنبهة لما فيه من مزالق للنفوس الغافلة ، ومسالك للشيطان والأهواء ، مدعاة للذكرى ، وان الذكرى تنفع المؤمنين •

لأجل هذا أسقط الله منزلة الزانى عن مرتبة الانسانية فأمر بجلده والحاقه بالعجماوات بل ان العجماوات يجب الشفقة بها والرأفة بحالها ، أما هذا الزانى ، فالله يأمر بألا تأخذنا به رأفة أو بها ، ومنه النفى بعيدا عن المجتمع وعزلهما عنه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **اذا وطىء رجل من أهل الاسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ، وغير ملك ، ولا شبهة ملك ، وهو عاقل بالغ مختار ، عالم بالتحريم ، وجب عليه الحد ، فان كان محصنا وجب عليه الرجم ، لما روى ابن عباس**

---

(١) الآية الأولى من سورة النور •

رضي الله عنه قال : قال عمر : (لقد خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائلهم ما نجد الرجم فى كتاب الله ، فيضلون ، ويتركون فريضة انزلها الله ، الا ان الرجم اذا احصن الرجل وقامت البينة ، او كان الحمل او الاعتراف ، وقد قراتها : « الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة » وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا) ولا يجلد المحصن مع الرجم ، لما روى ابو هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضي الله عنهما قالا : « كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام اليه رجل فقال : ان ابنى كان عسيفا على هذا ، فزنى بامراتى ، فقال : على ابنك جلد مائة ، وتغريب عام ، واغد يا انيس على امراة هذا ، فان اعترفت فارجمها » فغدا عليها فاعترفت فرجمها ، ولو وجب الجلد مع الرجم لامر به .

فصل والمحصن الذى يرجم هو ان يكون بالغا عاقلا حرا وطىء فى نكاح صحيح ، فان كان صبيا أو مجنونا لم يرجم ، لأنهما ليسا من أهل الحد وان كان مملوكا لم يرجم ، وقال ابو ثور اذا احصن بالزوجية رجم ، لأنه حد لا يتبعض فاستوى فيه الحر والعبد كالقطع فى السرقة ، وهذا خطأ لقوله عز وجل : « فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » (١) فاوجب مع الاحصان خمسين جلدة ، وروى ابو هريرة رضي الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا زنت امة احدكم فليجلدها الحد » ولأن الرجم اعلى من جلد مائة فاذا لم يجب على المملوك جلد مائة فلأن لا يجب الرجم أولى ، ويخالف القطع فى السرقة ، فانه ليس فى السرقة حد غير القطع فلو اسقطناه سقط الحد ، وفى ذلك فساد ، وليس كذلك الزنا فان فيه حدا غير الرجم ، فاذا اسقطناه لم يسقط الحد واما من لم يطأ فى النكاح الصحيح فليس بمحصن واذا زنى لم يرجم لما روى مسروق عن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد ان لا اله الا الله ، وانى رسول الله ، الا باحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة » ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطىء فى نكاح صحيح ، واختلف اصحابنا : هل يكون من شرطه أن يكون الوطء بعد كماله بالبلوغ ، والعقل ، والحرية ام لا ؟ فمنهم من قال : ليس من شرطه ان يكون الوطء بعد الكمال ، فلو وطىء وهو صغير ، أو مجنون ، أو مملوك ، ثم كمل فزنى رجم ، لأنه وطء ابيح للزوج الأول فثبت به الاحصان كما لو وطىء بعد الكمال ، ولأن النكاح يجوز أن يكون قبل الكمال فكذلك الوطء ، ومنهم من قال : من شرطه ان يكون الوطء بعد الكمال ، فان وطىء فى حال الصغر او الجنون ، او الرق ، ثم كمل وزنى لم يرجم ، وهو ظاهر النص ، والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبى صلى

---

(١) الآية ٢٥ من سورة النساء .

الله عليه وسلم قال : « خذوا عنى قد جعلَ الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ، والرجم » فلو جاز ان يحصـــن الوطء فى حال النقصـــان لما علق الرجم بالزنا ، ولأن الاحصان كمال فشرط ان يكون وطؤه فى حال الكمال ، فعلى هذا اذا وطىء فى نكاح صحيح ـ فان كانا حرين بالغين عاقلين ـ صارا محصنين ، فان كانا مملوكين او صغيرين او مجنونين لم يصـــيرا محصـــنين ، وان كان احدهما حراً بالغاً عاقلا ، والآخر مملوكا أو صغيراً او مجنوناً ففيه قولان ، احدهما : ان الكامل منهـما غير محصن وهو الصـــحيح لانه لما جـاز أن يجب بالوطء الواحد الرجم على احدهما دون الآخر جاز أن يصير احدهما بالوطء الواحد محصناً دون الآخر . والقول الثـــانى : انه لا يصـــير واحد منهـــما محصناً ، كوطء الشبهة . ولا يشترط فى احصان الرجم أن يكون مسلماً ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى يهوديين زنيا فامر برجمهما » .

الشرح حديث ابن عباس عن عمر أخرجه أصحاب الكتب الستة الا النسائى وأخرجه أحمد والدارقطنى أيضـــا ، ولفظ البخارى وغيره : « قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : كان فيما أنزل الله آية الرجم فقرأناها وعقلناها ووعيناها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى ان طال بالناس زمان أن يقول قائل : والله ما نجد الرجم فى كتاب الله تعالى ، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى ، والرجم فى كتاب الله حق على من زنى اذا أحصن من الرجال والنساء ، اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف » وقد أخرج عبد الرازق والطبرانى عن ابن عبـــاس أن عمر قال : « سيجىء أقوام يكذبون بالرجم » وفى رواية للنسائى : « وان ناسا يقولون : ما بال الرجم ؟ فان ما فى كتاب الله الجلد » وهذا من المواطن التى وافق فيها حدس عمر الصواب ، وقد وصفه صلى الله عليه وسلم بارتفاع طبقته فى ذلك الشأن ، كما قال : « ان يكن فى هذه الأمة محدثون فمنهم عمر » وقد أخرج أحمد والطبرانى فى الكبير من حديث أبى أمامة بن سهل عن خالته العجماء أن فيما أنزل الله من القرآن : « الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما ألبتة بما قضـــيا من اللذة » وأخرجه ابن حبان فى صحيحه من حديث أبى بن كعب بلفظ : كانت سورة توازى سورة البقرة ، وكان فيها آية الرجم : « الشيخ والشيخة » الحديث .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أما حديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضى الله عنهما فمتفق عليه ورواه أصحاب السنن وأحمد ، ولفظ البخارى : « أنهما قالا : ان رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله ، وقال الخصم الآخر وهو أفقه منه : نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قل • قال : ان ابنى كان عسيفا على هذا ، فزنى بامرأته ، وانى أخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هـذا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس ــ لرجل من أسلم ــ الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، قال : فغـدا عليها فاعترفت فأمر بها رسـول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت » رواه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد ومالك فى الموطأ وقال : العسيف الأجير • أما حديث أبى هريرة : « اذا زنت أمة أحدكم الخ » فمتفق عليه • أما حديث مسروق عن عبد الله هو ابن مسعود فقد أخرجه الشيخان وأصحاب السنن وقد مضى بطرقه فى أول الجنايات من المجلد السابع عشر • أما حديث عبادة ابن الصامت رضى الله عنه فقد أخرجه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه وأحمد والدارقطنى •

أما اللغات فالرجم الرمى بالرجام وهى الحجارة ، وسمع أعرابى يقول : جاءت امرأة تسترجم النبى صلى الله عليه وسلم أى تسأل الرجم ، وتراموا بالمراجم وهى القذافات الواحدة مرجمة ، وغيب الميت فى الرجم وهو القبر قال كعب بن زهير :

أنا ابن الذى لم يخزنى فى حياته ولم أخزه حتى تغيب فى المـرجم

وهذه أرجام عاد ، ورجموا القبر رجما ورجموه ترجيما : جمعوا عليه الرجام •

ومن الاستعمالات المجازية جعل الرجم بمعنى القذف والشتم ، ورجم

بالظن ، ورجم به رمى به ، قال الزمخشرى : ثم كثر حتى وضعوا الرجم والترجيم موضع الظن فقالوا : قال ذلك رجما أى ظنا ، وحديث مرجم : مظنون .

قال زهير :

وما الحرب الا ما علمتم وذقتموا   وما هو عنها بالحديث المرجم

قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : وكل رجم فى القرآن فمعناه القتل ، وأما الجلد فمأخوذ من جلد الانسان ، وهو الضرب الذى يصل الى جلده . قال الجوهرى : جلده الحد جلدا أى ضربه وأصاب جلده كقولك رأسه وبطنه ، وانما جعلت العقوبة فى الزنا بذلك ولم تجعل بقطع آلة الزنا كما جعلت عقوبة السرقة والمحاربة بقطع آلة السرقة وهى اليد والرجل ، لأنه يؤدى الى قطع النسل ، ولعل قطع السارق يكون عاما فى السارق والسارقة ، وقطع الذكر يختص بالرجل دون المرأة .

أما قوله : (عسيفا) فهو من مادة عسف الطريق أى ضل وخبط على غير هدى قال ذو الرمة :

قد اعسف النازح المجهول معسفه   فى ظل أغضف يدعو هامه البوم

وأخذوا فى معاسف البلد ومعاميها ، وأخذه على عسف ، وسلطان عسوف ، وعسف فلانة غصبها ، وهذا كلام فيه تعسف والدمع يعسف الجفون اذا كثر فجرى فى غير مجاريه ، قال الطرماح .

عواسف أوساط الجفون يسقنها   بمكتمن من الاعج الحزن واتن

وبات فلان يعسف الليل عسفا اذا خبطه فى ابتغاء طلبته ، ومنه قولهم : كم أعسف عليك ؟ أى كم أسعى عليك عاملا لك مترددا فى أشغالك كعاسف الليل ، وما زلت أعسف ضيعتكم أى أتردد فى أشغالكم وما يصلحكم قال الزمخشرى : ومنه العسيف وأنشد يعقوب :

أطعت النفس في الشهوات حتى   أعادتني عسيفا عبد عبد

وسوف نعينك بوصفائنا وعسفائنا هكذا أفاده الزمخشري في أساس البلاغة .

أما قوله : « يا أنيس » بالتصغير قال ابن الأثير (١) : أنيس بن الضحاك الأسلمي ، وهو الذي أرسله النبي صلى الله عليه وسلم الى المرأة الأسلمية ليرجمها ان اعترفت بالزنا وأخبرنا أبو الفضل عبد الله بن أحمد باسناده الى أبي داود الطيالسي ثم ساق الاسناد الى زيد بن خالد وأبي هريرة وذكر القصة . ثم قال : وذكر هذا الحديث ابن منده وأبو نعيم . وقال ابن عبد البر (٢) في ترجمة أنيس بن مرثد بن أبي مرثد الغنوي وقد صحب هو وابوه وجده النبي صلى الله عليه وسلم وقتل أبوه يوم الرجيع ومات جده في خلافة أبي بكر الى أن قال : يقال انه الذي قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ثم جاء ابن عبد البر في ترجمة أنيس بن الضحاك الأسلمي فقال : روى عنه عمر بن سليم ، ويقال عمرو بن مسلم روى عنه أيضا حديثه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لأبي ذر : « البس الخشن الضيق » يعد في الشاميين ومخرج حديثه عنهم ، قيل : انه الذي قيل فيه : وأغد يا أنيس ، والله أعلم .

وقال الشوكاني في النيل (٣) ناقلا كلام ابن عبد البر مختصرا هكذا : قال ابن عبد البر هو ابن الضحاك الأسلمي وقيل : ابن مرثد ثم قال ابن السكن في كتاب الصحابة : لم أدر من هو ولا ذكر الا في هذا الحديث ، وغلط بعضهم فقال : انه أنس بن مالك وليس الأمر كذلك ، فان أنس بن مالك أنصاري وهذا أسلمي ، كما وقع التصريح بذلك في حديث الباب أ هـ .

---

(١) اسد الغابة جـ ١ الترجمة ٢٦٨ بتحقيق محمود فايد ومحمد عاشور ومحمد البنا واشراف محمد صبيح .

(٢) الاستيعاب جـ ١ الترجمة ٩٣ و ٩٥ طبعة نهضة مصر بتحقيق على محمد البجاوي .

(٣) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار جـ ٧ المطبعة المنيرية .

حـــد الزنى [1]

حد الزنى على ما يقرره الفقهـاء اما مائة جلدة واما الرجم ، ولنذكر النص على ذلك •

أما الجلد بالجلد فقد وردت فيه آيات خمس :

(أولاها) قوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا [2] » •

(والثانية) قوله تعالى عقب الآية السابقة : (واللذان [3] يأتيانها منكم فآذوهما فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيما) •

(والثالثة والرابعة) قوله تعالى : ([4] الزانيـة والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ، الزانى لا ينكح الا زانية أو مشركة والزانيـة لا ينكحهـا الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) •

(والآية الخامسة) قوله تعالى فى حد الاماء : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتيـاتكم المؤمنات والله أعلم بايمانكم بعضكم من بعض ، فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان ، فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ، ذلك لمن خشى العنت منكم ، وان تصبروا خير لكم والله غفور رحيم [5] » •

---

(١) محمد ابو زهرة الجريمة والعقاب ص ٩٦ الى ١٠٥ •
(٢) الآية ١٥ من سورة النساء •
(٣) الآية ١٦ من سورة النساء •
(٤) الآية ٢، ٣ من سورة النور •
(٥) الآية ٢٥ من سورة النساء •

وقد قال كثير من الفقهاء أن الآيتين الأولين قد نسختا بقوله تعالى : (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وانه يبدو أن النسخ لا يسوغ له لأن شرط النسخ ألا يمكن الجمع والتوفيق ، والحقيقة أنه لا تعارض بين هذه النصوص فالآية الأولى ذكرت نصاب الشهادة على الزانى وبينت ما ينبغى عمله بالنسبة للنساء اللاتى يقعن فى هذه الجريمة بعد عقوبتهن ، وهى الامساك فى البيوت ومنعهن من الخروج حتى يتوفاهن الله أو يجعل الله لهن سبيلا ، وذلك عمل وقائى بالنسبة لمن وقعن فى هذه الخطيئة ، والنص واضح فى ذلك كما هو واضح فى بيان نصاب الشهادة على الزنى .

والآية الثانية تبين وجود عقوبة بدنية بالنسبة لمن يرتكب الفاحشة من الرجال والنساء ، فقد قال تعالى (واللذان يأتيانها منكم فآذوهما) فكان الايذاء مجملا ، ثم بينت مقداره آية سورة النور (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فهذه الآية مبينة لمقدار الأذى الذى لم يبين مقداره فى الآيتين السابقتين ، وان هذه الآية مربوطة ربطا علميا بآية (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) لأنه لم تبين نصاب الشهادة فى الزنا وقد بينته الآية الأولى فلا يمكن أن تكون احداهما ناسخة للأخرى .

والآية الخامسة بينت أن عقوبة العبد أو الأمة على النصف من عقوبة الحر ، فلا يجلد العبد أو الأمة مائة جلدة انما يجلدان خمسين وتلك مناهج الاسلام فى عقوبة العبيد بالنسبة لعقوبة الأحرار ، هى على النصف منها دائما ، وقد كان الاسلام فى ذلك رحيما وشريعته محكمة لما ذكرنا مرارا من أن الجريمة مهانة ، وهى ممن ينظر اليها الناس نظرة امتهان قريبة من نفسه التى لم تعط حقها من الاعتبار والتكريم ، ولذلك خفف الله تعالى عليه العقاب ، فالجريمة على هذا تسير معه سيرا طرديا تصغر بصغره وتكبر تكبره ، وكذلك العقوبة تصغر بصغر المجرم وتكبر بكبره ، وان هذه شريعة الديان العادلة الرحيمة ، ووازن بينهما وبين قانون الرومان تجد العكس

واضحا ، فانهم يقررون أن العبد اذا زنى بحرة قتل ، واذا زنى عضو الشيوخ حكم عليه بغرامة ، ولكن شريعة القرآن هي شريعة الديان الرحمن الرحيم.

وهناك فوق الجلد عقوبة اضافية أشار اليها القرآن فى النص القرآنى بالنسبة للنساء ، وهو الامساك فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ، وهو نص القرآن المحكم ، ولذلك نقرره وان كنا لم نر أحدا من الفقهاء قاله — لا يزال القائل الشيخ محمد أبو زهرة — ولعل الذى أخفى ذلك النص على الكثيرين هو ادعاء نسخه ، واذا قلنا : انه لا نسخ فيجب أن نقرر هذه .

ويمضى أبو زهرة رحمه الله فيقول :

وأما بالنسبة للرجل فقد وردت الآثار بأنه بعد أن يجلد يغرب سنة ، فقد روى أبو هريرة وزيد بن خالد أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله وقال الخصم الآخر وهو أفقه منه : نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :قل . قال : ان ابنى هذا كان عسيفا عند هذا فزنى بامرأته ، وانى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام وأنه على امرأة هذا الرجم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله : الوليدة والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام . واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت » رواه الجماعة وقد أجمع على الأخذ به الفقهاء والمحدثون كافة وان هذا الحديث يدل على أن مع الجلد تغريب عام ولكن الحنفية لم يأخذوا به ، واعتبروه حديث آحاد لا يزاد به على الكتاب العزيز ولكن يرد عليهم كيف أخذوا بالرجم وهو دليل له ، ويجيبون بأنهم أخذوا حكم الرجم من أحاديث أخرى والجمهور متفقون حاشا الحنفية على عقوبة التغريب . وبالنسبة

للمرأة فان مالكا رضى الله عنه من بين العلماء الذين قرروا التغريب ، واستثنى المرأة ، لأن التغريب يؤدى الى زيادة فسادها لا الى علاجها .

وان ذلك الكلام سليم مستقيم ، وبتخريج كلام مالك التخريج الحق نقول : انه يقوم مقام التغريب الامساك فى البيوت ، فانه أصون لهن غير أنه ليس له وقت معلوم ، ويقرب هذا أن من الفقهاء من قال : ان التغريب قد يراد منه الحبس وقد حكى ذلك على وزيد بن على ، والصادق والناصر من أئمة الشيعة [1] رضوان الله تبارك وتعالى عليهم وان التغريب للرجل له معناه ومغزاه ، ذلك أن عقابه كان على مشهد من المؤمنين كما قال تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين [2]) فأمره يكون مشهورا معلوما تشير الأصابع بجرمه كلما أتى أو راح فيكون احساسه فى ردعه من جريمته ، ويشعر بالمهانة والذلة كلما مر على الناس ، وان الشعور بالمهانة يسهل ارتكاب الجرائم من بعد ، وان النبى صلى الله عليه وسلم كان ينهى أصحابه عن أن يعيروا المجرم الذى ناله العقاب بجريمته حتى لا يدخل الشيطان على قلبه من هذا الطريق ويسكن فيه ، وقد ورد أن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا لرجل أقام عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حد الشرب : أخزاك الله فقال الرسول الحكيم صلى الله عليه وآله وسلم (لا تعينوا الشيطان عليه) .

لذلك كان التغريب عاما حتى ينسى الناس جريمته وعقوبته ويكون فى جو آمن من التعيير الذى يولد فى النفس الخزى والذلة ، حتى اذا مضى العام ربما طابت له الاقامة وربما عاد بعد أن يكون الناس قد نسوا جريمته فلا يعير بها ، ويعيش فى عزة الفضيلة وكرامة الانسان الطاهر .

هذه هى العقوبة بالنسبة لغير المحصن ، أما عقوبة المحصن فهى الرجم ولنتكلم الآن فى النص الذى ورد بها وقد رأيت فى حديث أبى هريرة وزيد ابن خالد أن المرأة كان جزاؤها الرجم لأنها كانت متزوجة .

---

(١) نيل الاوطار جـ ٧ ص ٢٥٤ .
(٢) من الآية ٣ من سورة النور .

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق ، وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأتها وعقلتها ووعيتها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى أن طال بالناس زمان أن يقول قائل : ما نجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله فالرجم حق على من زنى ممن أحصن من الرجال والنساء اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف ، وقد قرىء بها (الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالا من الله والله عزيز حكيم) •

وقد ثبت فى الصحاح أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر برجم ماعز عندما اعترف بالزنى وكرر الاعتراف أربع مرات •

ورجم الغامدية التى اعترفت بالزنى وكانت حاملا فتركها حتى وضعت الحمل وأتمت الرضاع وجاءت بالولد وفى يده كسرة خبز فأمر برجمها من بعد •

وان شرط الرجم الاحصان ، بأن تكون الزانية أو الزانى متزوجا ، ويكون قد دخل بها ، وذلك لتكون العقوبة دافعة الى صيانة الحياة الزوجية فاذا كان الطبع يسهل زنا غير المتزوج فان جريمته تكون أقل من المتزوج ولذلك كانت عقوبة هذا الرجم ، وعقوبة الآخر الجلد ، والعقوبة على قدر الجرم ، تكبر بكبره وتصغر بصغره •

ويثار هنا بحثان :

(أحدهما) أن بعض التابعين كان يتساءل : أنزلت سورة النور التى فيها حد الزنا بلفظ عام قبل أحاديث الرجم التى تعددت طرقها ؟ أم أن أحاديث الرجم ووقائعه كانت قبل سورة النور ، أو كانت قبلها وبعدها ، والتابعى الذى سأل ذلك السؤال هو الشيبانى فقد جاء فى البخارى

ما نصه : « حدثنا اسحاق[1] حدثنا خالد عن الشيبانى[2] سألت عبد الله بن أبى أوفى : هل رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل سورة النور أم بعدها ؟ قال : لا أدرى » ولكن المحدثين يزيلون ذلك الشك ، ويقررون أن أحاديث الرجم كانت بعد سورة النور حتى لا يتوهم أحد أنها نسختها ، ويبنون ذلك على أن عمر رضى الله عنه قرر دوام ذلك الحكم ، وأن سور النور نزلت فى سنة أربع وقيل : خمس أو ست ، ومن الرواة لأحاديث الرجم أبو هريرة وابن عباس وأبو هريرة قد حضر الى المدينة فى العام السابع وابن عباس قد جاء مع أمه الى المدينة سنة تسع وقد يقال : ان هؤلاء رووا عن غيرهم من الصحابة ولم يذكروا من رووا عنهم[3] فيبقى التساؤل : أيهما كان أولا ؟ وقد يجاب عن هذا بأن العام لا ينسخ الخاص على رأى جمهور الفقهاء بل يخصص عمومه على مقتضاه ولو كان متأخرا ، فتكون آية الزنا فى سورة النور خاصة بغير المحصنات والمحصنين ، والحنفية لا يرون ذلك الا اذا كان الحديث مشهورا ، وليس حديث آحاد .

(ثانى الأمرين) أن الحنفية لم يأخذوا بحديث العسيف ، لأن فيه التغريب عاما ، وهم لم يأخذوا بمبدأ التغريب باعتبار أن الحديث حديث آحاد لا يزاد به على القرآن الكريم ، والقرآن الكريم فى سورة النور لم يذكر هذه العقوبة ، ومن الغريب أن هذا الحديث أوثق رواية من غيره من الأحاديث لأن الجماعة روته فهو مجمع عليه فى الصحاح وان كان حديث آحاد ، بينما غيره من الأحاديث لم يكن له مثل هذه الاستفاضة ، وهى ليست أكثر منه شهرة أو استفاضة ، وهى تخصص العام فى قوله تعالى : (الزانية والزانى ...) الى آخره .

وهنا يثار بحث يتعلق بالمحصن والمحصنة أهو الذى تزوج ولو انقطعت الحياة الزوجية بعد ذلك ، أم هو الذى يستمر متزوجا ، يفسر الفقهاء

---

(١) هو اسحاق بن شاهين الواسطى أبو بشر وخالد هو خالد الطحان (ط) .

(٢) يعنى ابا اسحاق سليمان بن أبى سليمان الشيبانى (ط) .

(٣) وهو ما يعرف بمرسل الصحابى .

المحصن الذى يستحق عقوبة الرجم بأنه الذى تزوج ودخل بزوجته ولو انتهت الحياة الزوجية ، وذلك لأنه نال نعمة الزواج فيضاعف له العقاب .

والبكر لم ينل هذه النعمة ، وفوق ذلك يشير اليه الحديث (الثيب بالثيب جلد مائة ورجم) وأن هذا الحديث يؤخذ به عند من يقولون : ان الرجم لا يخلو من عقوبة الجلد ، كما فعل على رضى الله عنه فى زانية محصنة فقد جلدها ورجمها وقال : « جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

ولكن عند النظر العميق لا نجد نصا صريحا يقرر أن المرأة المطلقة تعتبر محصنة وكذلك الرجل الذى ماتت زوجته أو طلقها يعتبر محصنا . ولننقل لك عبارات جاء فى تفسير المنار : (ان المحصنة بالزواج هى التى لها زوج يحصنها فاذا فارقها لا تسمى محصنة بالزواج ، كما أنها لا تسمى متزوجة ، كذلك المسافر اذا عاد من سفره لا يسمى مسافرا ، والمريض اذا برىء لا يسمى مريضا ، وقد قال بعض الذين خصوا المحصنات هنا بالأبكار [1] ولعمرى ان البكارة حصن منيع لا تتصدى صاحبته لهدمه بغير حقه وهى على سلامة فطرتها وحيائها وعدم ممارستها للرجال ، وما حقه الا أن يستبدل به حصن الزوجية ولكن ما بال الثيب التى فقدت كلا الحصنين تعاقب أشد العقوبتين ، اذ حكموا عليها بالرجم ؟ هل تعدون الزواج السابق محصنا لها ، وما هو الا ازالة لحصن البكارة وتعويد لممارسة الرجال ، فالمعقول الموافق للفطرة هو أن يكون عقاب الثيب التى تأتى الفاحشة عقاب المتزوجة ، وكذا دون عقاب البكر أو مثله فى الأشد [2] .

ونرى من هذا أن هناك حصنين ... حصن البكارة التى تحافظ عليه صاحبته ومع ذلك كانت العقوبة الجلد لغرارتها ولقوة الطبع الدافع عند الرجل والمرأة على سواء ، والحصن الثانى حصن الزواج وبه تكاملت النعمة فتضاعف العقاب والتى فقدت الحصنين فزالت بكارتها بزواج ثم انقطع تبقى لها قوة الطبع الدافعة فتكون محل عذر ، وتكون عقوبتها هى أخف

---

(١) أى فى آية (فاذا أحصن) بأن المراد الابكار .
(٢) جـ ٤ ص ٢٠ .

العقوبتين ، ولا نص يمنع ذلك ولأن العقوبة المشددة لم يثبت أنها تطبق على مثل هذه الحال لا حد من غير نص ٠

قال محمد نجيب ابراهيم بن عبد الرحمن بن نجيب المطيعى الشافعى : ان ما قاله السيد رشيد رضا من أن الثيب التى فقدت الحصنين محل عذر مردود عليه ، بأن زوال البكارة ثيوبة فاذا كانت بزواج ولو انقطع بموت الزوج أو بطلاقها فهى ثيب ، وقصر العبارة على (متزوجة وغير متزوجة) تعسف لا مسوغ له ، وضرر الثيب الزانية أشد على المجتمع وقعا وأنكى من البكر ، ذلك لأن الثيب يمكنها اذا حملت مسافحة أو تنسب حملها الى مرملها أو مطلقها لا سيما اذا تقرر فى مذهبنا أن الحمل يجوز أن يمكث أربع سنين وقد حملت أم الامام مالك بالامام رضى الله عنه ثلاث سنين ، والذين يتذرعون بأحكام الأطباء انما يكابرون وقائع محسوسة أخبر بها أئمة صادقون ، نكذب الى جانبهم أو نصدق الأطباء بشرط ألا نكذب هؤلاء الأئمة لأننا نرى كل يوم بل كل لحظة فى العالم أخبارا يحكم الأطباء باستحالتها عادة ومع ذلك لا يستطيعون تكذيبها لرؤيتهم لها ، فى حين لو أن شخصا أخبرهم بحدوثها قبل ان يروها لردوا خبره وكذبوه ، من ذلك أن خبرا جاء فى الصحف منذ أيام أن امرأة حملت خارج الرحم وأخرجوا الجنين بشق البطن وأودعوه الحاضن الصناعى ، والطفلة ذات الخمس سنين التى وجدوها حاملا فى أمريكا ، من أين لها البويضة ومن أين جاءها الحيوان المنوى ، حتى انهم قالوا انها حملت وهى فى بطن أمها من بويضة تفلتت بحيوان منوى من أبويها واستقر فى رحم الجنين المستكن فى رحم الأم ، وهناك الرجل الذى انقلب امرأة بعد أن تزوج وأعقب ذرية وصار أولاده كبارا بالغين ، واختفت مذاكيره وصار له فرج امرأة ونمت أردافه واختفى شعر وجهه ورق صوته ، وزالت عنه جميع مظاهر الذكورة ، وكأنه لم يكن فى يوم من الأيام رجلا ، فاذا جاء الامام الثبت الحجة المتبوع محمد ابن ادريس الشافعى رضى الله عنه وروى أنه رأى امرأة فى اليمن حملت واستمر حملها أربعة أعوام وبنى حكمه على ذلك كان قوله غير مدفوع بحال وقد ارتضى أن يجعل ذلك الأمر المشهود بالعيان أصلا فى عدة الحامل متى ادعت الحمل ٠

اذا ثبت هذا فان الزانية التى تدعى الحمل من زوج طلقها من ثلاث سنين تستطيع أن تدرأ عن نفسها الحد بهذا الزعم ، فوزرها أعظم وخطرها جسامته أوضح ، فماذا يكون جرم البكر الى جانب جريمة هـذه الثيب وعلى هذا فاذا ثبت عليها حد الزنا وجب رجمها ولا كلام ، حيث لو جلدت وحملت من هذا الزنا استطاعت عزوه الى زوجها السابق سواء كان حيـا أو ميتا ، ومن ثم فلا أسلم بهذا التمجهد المتهاوى الذى ان دل على شىء فانما يدل على عدم وضع اجتهاد الأئمة رضى الله عنهم فى الاعتبار ، وان يتحسس المتمجهد مواقع أقدامه قبل أن يشتط فى مخالفتهم ، فانهم ليسوا معصومين ولكنهم أعلم وأفقه وأذكى وأحوط وأتقى لله وأخشى له من ملء الأرض من مثل رشيد رضا وأبى زهرة والمطيعى • فاللهم انفعنـا بفقه مالك والشافعى وأحمد وأبى حنيفة وغيرهم من أضرابهم واخوانهم واجعلنا من حزبهم فى الدنيا والآخرة •

قال أبو زهرة رحمه الله تعالى : وهنا أمر لابد أن نشير اليه ، وهو أن الخوارج وبعض الشيعة وبعض المعتزلة يقررون أنه لا عقوبة فى الزنا غير الجلد ، ولابد أن نشير الى حججهم ليكون البحث كاملا بين يدى القارىء يتلقاه من كل جوانبه ، وانهم يستدلون بما يأتى :

(أ) ان الرجم أقصى عقوبة الاسلام وهو لابد أن يثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه • فكان لابد أن يثبت بالقرآن أو السنة المتواترة ولا نص فى القرآن الكريم عليه : والسنة التى وردت به مهما تتعدد طرقها أخبار آحاد وأخبار الآحاد وان كانت موجبة للعمل ولكن ما يثبت بها لا يمكن أن يثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه ، وان بعض الفقهـاء وهم الحنفيـة لم يأخذوا بأشهرها ، والذى ذكر فى جميع الصحاح وهو حديث العسف الذى زنى بامرأة مستأجره ، وقالوا : ان فيه زيادة التغريب الذى لم تذكره آية سورة النور : (الزانية والزانى ••• الآية) •

(ب) ان بعض التابعين تساءل : أهذه الأحاديث كانت قبل سـورة النور أم بعدها ؟ فقال الصحابى الذى سئل : لا أدرى ، فكان هـذا ذاته

شبهة فى بقاء حكم الرجم ، فيزيد الاستدلال بهذه الأحاديث وهنا على وهن كونها آحادا لا تؤدى الى أصل قطعى ثابت لا شك فيه •

(جـ) ان قوله تعالى : (فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) وهذه الآية قد وردت فى الاماء ، والظاهر الواضح أن الاحصان هنا فى كلمة (أحصن) وفى كلمة (المحصنات) المراد به المتزوجات ، واللائى أحصن بالزواج ، سيرا على معنى الاحصان فى قوله تعالى فى صدر الآيات : (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم ، وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين [1]) •

واذا كانت كلمة الاحصان تفسر بالزواج فمعنى النص يكون هكذا :

فاذا تزوج الاماء فعليهن من العقاب اذا ارتكبن الفاحشة نصف ما يكون على المتزوجات الحرائر من العقاب ، وان ذلك بلا ريب يقتضى أن تكون عقوبة المتزوجات الحرائر الجلد ، حتى يمكن تنصيفها ، اذ الرجم لا يقبل التنصيف ، فهو شىء واحد لا نصف ، انما الذى يقبل التنصيف هو الجلد ، وبذلك تفيد هذه الآية بمقتضى التضمن أو الاشارة البيانية الواضحة أن عقوبة المتزوجات من الحرائر الجلد وليس الرجم •

وقد أجاب جمهور العلماء عن ذلك بأن الاحصان فى قوله تعالى : (فاذا أحصن) المراد به الزواج فى قوله تعالى فى النص نفسه (نصف ما على المحصنات من العذاب) بأن المراد التحصين بالحرية والبكارة ••

ويقول هؤلاء المخالفون ان تفسير كلمة فى سياق واحد وجملة واحدة بمعنيين مختلفين غريب فى اللغة لا يسوغ فهم القرآن به •

هذه أوجه نظر المعارضين وهم قلة لا يقفون أمام الجمهور الكثير الكاثر

---

(١) من الآية ٢٤ من سورة النساء •

بيناها انصافا للحق وتكميلا للإستدلال ، والله سبحانه وتعالى أعلم وهو الهادى الى الصواب وهو العليم بمراده •

وعلى الذين يعيبون عقوبة الرجم فى الفقه الاسلامى أن يعلموا أنها جاءت فى التوراة ، ونصوصها باقية الى الآن فى أيديهم تقرأ ، ولم يكن فى الانجيل ما يعارضها ، وكذلك كانت واجبة عليهم بحكم أن ما فى العهد القديم وهو التوراة حجة على النصارى اذا لم يكن فى العهد الجديد وهو الانجيل ما يخالفها ، وكون النصارى واليهود لا يطبقونها لا يعارض حجتها ووجوب الأخذ بها عندهم •

وقد أشار الى ذلك القرآن الكريم فى قوله تعالى : (وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله ثم يتولون من بعد ذلك وما أولئك بالمؤمنين) •

وقد قال المفسرون فى سبب نزولها : انه قد زنى أحد كبار اليهود الذين كانوا يجاورون النبى صلى الله عليه وسلم بالمدينة فاستغلظوا أن يطبقوا عليه حكم الرجم فى كتابهم ، فجاءوا الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم رجاء أن يكون عنده من الأحكام ما يكون أخف عليهم فذكر لهم النبى صلى الله عليه وسلم حكم التوراة •• وواضح أن ذلك كان والمدينة فيها يهود يسالمون النبى صلى الله عليه وآله وسلم ويسائلونه ولم يكن أحد منهم بالمدينة بعد العام الرابع فى غزوة بنى النضير •

والنصوص الخاصة بحكم الرجم فى التوراة التى بين أيدينا جاءت فى سفر التثنية فقد جاء فيه ما نصه :

« اذا وجد رجل مضطجعا مع امرأة زوجة بعل يقتل الاثنان : الرجل المضطجع مع المرأة ، والمرأة فتنزع الشر من اسرائيل » •

(واذا كانت فتاة عذراء مخطوبة لرجل فوجدها رجل بالمدينة فاضطجع معها ، فأخرجوهما كليهما من المدينة وارجموهما بالحجارة حتى يموتا ،

الفتاة من أجل أنها لم تصرخ فى المدينـة ، والرجل من أجل أنه أذل امرأة صاحبه فينزع الشر من المدينة) •

ووراء هذا النص نصوص أخرى تتعلق بأحكام الزنا وفيهما القتـل أحيانا والغرامة أحيـانا أخرى ، ومهما يكن فان الرجم موجود فى أحكام الديانتين اليهودية والنصرانيـة ، فليس لأحد من أهل هاتين الديانتين أن يعيب الفقه الاسلامى بوجود هذه العقوبة فيـه ، وعلى الذين يستغلظونها منهم أن يرجعوا الى ديانتهم أولا ، ليتعرفوها من نصوصها والله أعلم •

مسـألة قال الشافعى رضى الله عنه : اذا أصاب الحر أو أصيبت الحرة بعد البلوغ بنكاح صحيح فقـد أحصنا ، فمن زنى منهم فحـده الرجم أ هـ وجملة ذلك أن البكر عبارة عمن ليس بمحصن ، والثيب عبارة عن المحصن ، والاحصان فى اللغة يقـع على المنع ، قال تعـالى : « قرى محصنة » والاحصان يقع فى القرآن على أربعة أشياء أحدها : الحرية لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات ــ الى قوله تعالى ــ والمحصنات (١) من المؤمنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » يعنى من الحرائر من الذين أوتوا الكتاب • والثانى الزوجية لقوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم ــ الى قوله تعالى (٢) ــ والمحصـنات من النسـاء الا ما ملكت ايمانكم » وأراد بالمحصنات ها هنا المزوجات من النساء ، وأباح ما ملكت ايماننا اذا كن مزوجات ــ يعنى المسبيات ــ والثالث : الاسـلام لقوله : « فاذا أحصن (٣) يعنى فاذا أسلمن • الرابع : العفة عن الزنا لقوله تعالى : « محصنين غير مسافحين » يعنى أعفاء عن الزنا ، وأما المحصن الذى يجب عليه الرجم اذا زنى فهو البالغ العاقل الحر اذا وطىء فى نكاح صحيح ؛ وهو بالغ عاقل حر صار محصنا ، فاذا زنى بعد ذلك وجب عليه الرجم • واختلف أصـحابنا فى شرائط الاحصـان والرجم ، فمنهم من قال : ان

---

(١) الآية ٥ من سورة المائدة •
(٢) الآية ٢٤ من سورة النسـاء •
(٣) الآية ٢٥ من سورة النسـاء •

الاحصان له أربع شرائط : البلوغ ، والعقل ، والحرية ، والاصابة بنكاح صحيح ، وللرجم شرطان : الاحصان والزنا ، فعلى هذا اذا وطىء فى نكاح صحيح ـ وهو بالغ عاقل حر ـ صار محصنا ، فاذا زنى بعد ذلك وجب عليه الرجم ، وان وطىء فى نكاح صحيح وهو صغير أو مجنون لم يصر محصنا ، فاذا زنى بعد ذلك لم يجب عليه الرجم ، ومنهم من قال : ليس للاحصان الا شرط واحد وهو الوطء فى نكاح صحيح ، فأما العقل والبلوغ والحرية ، فانها من شرائط وجوب الرجم ، فعلى هذا الرجم له خمس شرائط : احصان ، وهو الوطء فى نكاح صحيح ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والزنا ، فان وطىء فى نكاح صحيح وهو صغير أو مجنون أو مملوك صار محصنا ، فاذا بلغ أو أفاق أو عتق ثم زنى وجب عليه الرجم ، لأنه وطىء امرأة فى نكاح صحيح وهو صغير أو مجنون أو مملوك يحصل به الاحلال للزوج الأول ، فوجب أن يحصل به الاحصان ، كما لو وطىء امرأة وهو بالغ عاقل حر ، ولأن عقد النكاح لا يعتبر بعد الكمال ، فكذلك الوطء ، وحكى الشيخ أبو حامد الاسفرايني أن من أصحابنا من قال : الرق مانع من الاحصان ، والصغر ليس بمانع من الاحصان ، فعلى هذا اذا وطىء الصغير بنكاح صحيح صار محصنا ، واذا وطىء المملوك فى نكاح صحيح لم يصر محصنا ، والفرق بينهما أن الصغر ليس بنقص فى النكاح ، ولهذا يجوز أن يتزوج الحر الصغير بأربع ، والرق نقص فى النكاح ، ولهذا لا يجوز أن يتزوج العبد بأكثر من اثنين ، ومنهم من قال : الصغر مانع من الاحصان ، لأن الصغير غير مكلف ، والمملوك مكلف ، والصحيح هو الأول ، وقد نص عليه الشافعي وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة الفقهاء ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب بالثيب جلد مائة والرجم » فأوجب الرجم على الثيب ، وقد قلنا : أن المراد بالثيب المحصن ، فلو كان الاحصان يحصل بالوطء فى حال الصغر والجنون والرق لأدى الى ايجاب الرجم على الصغير والمجنون والمملوك ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان ، أو زنا بعد احصان ، أو قتل نفس بغير نفس » فأثبت القتل بالزنا ، بعد الاحصان ، وقد ثبت أن الصغير والمجنون والمملوك لا يقتلون بالزنا ، فدل على أن عدم الصغر

والجنون والرق شرط فى الاحصان ، هذا اذا كان الزوجان ناقصين ، سواء اتفق نقصهما أو اختلف ، فأما اذا كان أحدهما كاملا والآخر ناقصا ـ بأن كان أحدهما بالغا عاقلا حرا والآخر صغيرا أو مجنونا أو مملوكا فهل يصير الكامل منهما محصنا فيه قولان ، أحدهما : لا يصير محصنا ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد وأصحابه ، لأن ابن قدامة فى المغنى جعله الشرط السابع ، وهو أن يكون الكمال فيهما جميعا ، وبنحو هذا قول عطاء والحسن وابن سيرين والنخعى وقتادة والثورى واسحاق قالوه فى الرقيق. والثانى : يصير الكامل منهما محصنا وهو الصحيح : لأنه حر مكلف وطىء فى نكاح صحيح فكان محصنا كما لو كانا كاملين . هـذا ترتيب القاضى أبى الطيب والشيخ أبى اسحاق الشيرازى هنا وفى التنبيه . وقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : اذا كان الزوج حرا بالغا عاقلا والزوجة أمة ـ فان الزوجة تصير محصنا قولا واحدا ، وكذلك اذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة بالغة عاقلة فانها تصير محصنة قولا واحدا ، فأما اذا كان أحدهما حرا بالغا والآخر صغيرا أو مجنونا فهل يصير الحر بالبالغ العاقل محصنا ؟ على قولين :

فـــرع الاسلام ليس بشرط للاحصان فى الزنا ، فاذا زنى ذمى وتوفرت فيه شروط احصـان المسلم وجب عليه الرجم ، وقال مالك وأبو حنيفة : الاسلام شرط فى الاحصان فى الزنا ، فلا يجب الرجم على الذمى اذا زنى ، وقال ابن قدامة فى المغنى : ولا يشترط الاسلام فى الاحصان ، وبهذا قال الزهرى والشافعى ، فعلى هذا يكون الذميان محصنين ، فان تزوج المسلم ذمية فوطئها صارا محصنين ، وعن أحمـد رواية أخرى أن الذمية لا تحصن المسلم . وقال عطاء والنخعى والشعبى ومجاهد والثورى : هو شرط فى الاحصان ، فلا يكون الكافر محصنا ، ولا تحصن الذميـة مسلما ، لأن ابن عمر روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أشرك بالله فليس بمحصن » ولأنه احصان من شرطه الحرية ، فكان الاسلام شرطا فيه كاحصان القذف ، وقال مالك كقولهم الا أن الذمية تحصن المسلم بناء على أصله فى أنه لا يعتبر الكمال فى الزوجين ، وينبغى أن يكون ذلك قولا للشافعى اهـ كلام ابن قدامة .

دليلنا ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال : « انما رجم النبى صلى الله عليه وسلم اليهوديين بحكم التوراة بدليل أنه راجعهما فلما تبين له أن ذلك حكم الله عليهم أقامه فيهم . وفيها أنزل الله تعالى : « انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا (١) » ولأنه لا يسوغ للنبى صلى الله عليه وسلم الحكم بغير شريعته ولو ساغ ذلك لساغ لغيره ، وانما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما حكم به عليهم ، ولأنهم تاركون لشريعتهم مخالفون لحكمهم . ثم هذا حجة لنا فان حكم الله فى وجوب الرجم ان كان ثابتا فى حقهم يجب أن يحكم به عليهم ، فقد ثبت وجوب الاحصان فيهم ، فانه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الاحصان منه ، وان منعوا ثبوت الحكم فى حقهم فلم حكم به النبى صلى الله عليه وسلم ؟ ولا يصح القياس على احصان القذف ، لأن من شرطه العفة وليست شرطا ها هنا ا هـ .

فـــرع المسلم المحصن اذا ارتد لم يبطل احصانه ، وقال أبو حنيفة : يبطل احصانة ، دليلنا أنه محصن فلا يبطل احصانه بالردة ، بل اذا أسلم ثم زنى لزمه حكم المحصن كاحصان القذف .

فـــرع اذا وطىء امرأته فى دبرها أو وطىء أمته لم يصر محصنا ، فان وطىء امرأة بشبهة أو فى نكاح فاسد فهل يصير محصنا ؟ فيه قولان ، حكاهما المسعودى ، أحدهما لا يصير محصنا لأنه وطء فى غير ملك صحيح والثانى : يصير محصنا ، لأن حكمه حكم الوطء فى النكاح الصحيح فى العدة والنسب وكذلك فى الاحصان .

فـــرع قال ابن قدامة فى المغنى : « ولا يجب الحد بالوطء فى نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل (العقد على المطلقة ثلاثا لتحل لمطلقها) والنكاح بلا ولى ولا شهود ، ونكاح الأخت فى عدة أختها من طلاق بائن ، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة البائن ونكاح المجوسية ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، لأن الاختلاف فى اباحة الوطء فيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهات » ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان كان غير محصن نظرت ـ فان كان حرا جلد مائة وغرب سنة ، لقوله عز وجل : ((الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة(١) جلده)) وروى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((خذوا عنى خذوا عنى ، قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم)) وان كان مملوكا جلد خمسين ـ عبدا كان أو أمة ـ لقوله عز وجل : (((٢) فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب)) فجعل ما على الأمة نصف ما على الحرة ، لنقصانها بالرق ، والدليل عليه أنها لو أعتقت كمل حدها ، والعبد كالأمة فى الرق ، فوجب عليه نصف ما على الحر . وهل يغرب العبد بعد الجلد ؟ فيه قولان أحدهما أنه لا يغرب ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد)) ولم يذكر النفى ، ولأن القصد بالتغريب تعذيبه بالاخراج عن الأهل ، والمملوك لا أهل له ، والقول الثانى : أنه يغرب وهو الصحيح ، لقوله عز وجل : ((فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب)) ولأنه حد يتبعض فوجب على العبد كالجلد ، فاذا قلنا انه يغرب ففى قدره قولان ، أحدهما : أنه يغرب سنة ، لأنها مدة مقدرة بالشرع فاستوى فيها الحر والعبد كمدة العنين ، والثانى : أنه يغرب نصف سنة للآية ، ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كالجلد .

فصــــل وان زنى وهو بكر فلم يحد حتى احصن وزنى ، ففيه وجهان أحدهما : أنه يرجم ويدخل فيه الجلد والتغريب ، لأنهما حدان يجبان بالزنا فتداخلا ، كما لو وجب حدان وهو بكر ، والثانى : أنه لا يدخل فيه لأنهما حدان مختلفان ، فلم يدخل أحدهما فى الآخر كحد السرقة والشرب ، فعلى هذا يجلد ثم يرجم ولا يغرب ، لأن التغريب يحصل بالرجم .

فصــــل والوطء الذى يجب به الحد أن يغيب الحشفة فى الفرج ، فان احكام الوطء تتعلق بذلك ، ولا تتعلق بما دونه ، وما يجب بالوطء فى الفرج من الحد يجب بالوطء فى الدبر ، لأنه فرج مقصود فتعلق الحد بالايلاج فيه كالقبل ، ولأنه اذا وجب بالوطء فى القبل ـ وهو مما يستباح ـ فلأن يجب بالوطء فى الدبر وهو مما لا يستباح أولى .

---

(١) الآية ٢ من سورة النور .

(٢) الآية ٢٥ من سورة النساء .

الشرح الآيتان الكريمتان من كلام ربنا تعالى مضى بالكلام عليهما ، أما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فمتفق عليه ومضى الكلام عن معناه فى الفصل قبله وأما حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه فكذلك مضى تخريجه عن مسلم وأصحاب السنن الا النسائى ورواه أحمد وغيرهم .

اما الأحكام فان البكر ــ وهو من ليس بمحصن رجلا كان أو امرأة وان كانت قد ذهبت عذرتها ــ فاذا زنى أحدهما وكان حرا ؛ كان حده مائة جلدة لقوله تعالى : « الزانية [1] والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ويغربان سنة ؛ وبه قال أبو بكر الصديق وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ، واليه ذهب من الأئمة أحمد والثورى وابن ابى ليلى . وقال أبو حنيفة وحماد : لا يجب التغريب على الرجل ولا على المرأة ؛ وانما هو على سبيل التعزير ان رأى الامام فعله ، والا لم يجب . وقال مالك : يجب التغريب على الرجل دون المرأة . دليلنا حديث عبادة بن الصامت مرفوعا : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب سنة ــ الحديث » ولم يفرق بين الرجل والمرأة ولحديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذى سأله : « على ابنك جلد مائة وتغريب عام » ولفظ (على) للايجاب ؛ ولأن ما كان حدا للرجل كان حدا للمرأة كالجلد والرجم .

فــرع وأما العبد والأمة اذا زنيا فيجب على كل واحد منهما خمسون جلدة سواء تزوجا أو لم يتزوجا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى ، وقال ابن عباس رضى الله عنهما : وان تزوجا يعنى وطئا فى نكاح صحيح فحد كل واحد منهما اذا زنى خمسون جلدة ، وبه قال طاوس وأبو عبيد القاسم [2] بن سلام وقال داود : اذا تزوجت الأمة

---

(١) الآية ٢ من سورة النور .

(٢) كان أبوه عبدا روميا لرجل من أهل هراة ، واشتغل أبو عبيد بالحديث والأدب والفقه وكان ذا دين وسيرة جميلة ، وكان فاضلا فى دينه وعلمه وربانيا متفننا فى اصناف علوم الاسلام من القراءات والفقه والعربية والأخبار ، حسن الرواية صحيح النقل ، لا اعلم أحدا من الناس طعن عليه فى شئ من أمر دينه ، ولى القضاء بمدينة طرسوس ثمانى عشرة سنة ، ويقال انه اول من =

ثم زنت وجب عليها خمسون جلدة ، وأما العبد اذا زنى فيجب عليه مائة جلدة ، دليلنا قوله تعالى : « فاذا أحصن فان أتين بفاحشـــة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب [1] » وهن المسلمات ، وأراد به من الجلد ، لأن الرجم لا يتنصف ، واذا ثبت هذا في الأمة قسنا العبد عليها ، لأن حدها انما نقص لنقصها بالرق ، وهذا موجود في العبد فساواها في الحد .

فـــرع فان زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن ثم زنى ففيـه وجهان أحدهما : يرجم ، ويدخل فيه الجلد والتغريب لأنهما حدان مختلفان فلم يتداخلا كحد السرقة والشرب ، فعلى هذا يجلد ثم يرجم ، ولا يغرب لأن التغريب يحصل بالرجم .

مســـــألة والوطء الذي يجب به الحد هو أن تغيب الحشفة في الفرج ، لأن أحكام الوطء تتعلق بذلك ، ولا تتعلق بما دونه فان وجدت امرأة أجنبية مع رجل في طاق واحد ولم يعلم منهما غير ذلك ، لا يجب عليهما الحد ، وقال اسحق بن راهوية : يجب عليهما الحد لما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنهما قالا : « يجلد كل واحد منهما مائة جلدة » دليلنـا ما روى ابن مسعود أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله اني وجدت امرأة في البستان فأصبت منها كل شيء غير أني لم أنكحها — وروى — ثلاثا منها حراما ما ينال الرجل من امرأته الا الجماع ، فقـال

= صنف في غريب الحديث . وقال الهلال بن العلاء الرقي : من الله على هـذه الأمة بأربعة في زمانهم بالشافعي تفقه في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وبأحمد بن حنبل ثبت في المحنة ولولا ذلك لكفر الناس ، وبيحيى بن معين نفى الكذب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبأبي عبيد القاسم بن سلام فسر غريب الحديث ، ولولا ذلك لاقتحم الناس الخطأ . وقال اسحق بن راهويه : أبو عبيد أوسعنا علما ، وأكثرنا ادبا وأجمعنا جمعا ، أنا نحتاج الى أبي عبيـد ولا يحتاج الينا ، وقال ثعلب : لو كان أبو عبيد في بني اسرائيل فكان عجبا ، توفي بمكة وقيل بالمدينة سنة اثنتين او ثلاثة وعشرين ومائتين ، وقال البخارى سنة اربع وعشرين ومائتين اهـ ملخصا من ابن خلكان .

(١) الآية ٢٥ من سورة النسـاء .

النبى صلى الله عليه وسلم : « أقم الصلاة طرف النهار وزلفا من الليل ، ان الحسنات يذهبن السيئات [1] ــ الآية » .

وروى أنه قال له : « استغفر الله وتوض » ولم يقم عليه الحد ، وما روى عن عمر وعلى ، فقد روى عن عمر خلاف ذلك فى قصة المغيرة بن شعبة ، فان زياد قال : رأيت استا ينبو ، ونفسا تعلو ، ورجليها فى عنقه كأنهما أذنا حمار ، ولم أعلم ما وراء ذلك ، فلم يقم الحد على المغيرة ويعزران على ذلك لأنه معصية ، وليس فيه حد ولا كفارة ، فوجب فيه التعزير .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب على الصبى والمجنون حد الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه اذا سقط عنه التكليف فى العبادات والمآثم فى المعاصى ، فلأن يسقط الحد ومبناه على الدرء والاسقاط اولى ، وفى السكران قولان ، وقد بيناهما فى الطلاق .

فصل ولا يجب على المرأة اذا أكرهت على التمكين من الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنها مسلوبة الاختيار ، فلم يجب عليها الحد كالنائمة . وهل يجب على الرجل اذا أكره على الزنا ؟ فيه وجهان أحدهما وهو المذهب : انه لا يجب عليه ، لما ذكرناه فى المرأة . والثانى : انه يجب لأن الوطء لا يكون الا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار .

فصل ولا يجب على من لا يعلم تحريم الزنا ، لما روى سعيد بن المسيب قال : « ذكر الزنا بالشام ، فقال رجل : زنيت البارحة ، فقالوا : ما تقول ؟ قال : ما علمت أن الله عز وجل حرمه ، فكتب ــ يعنى عمر ــ ان كان يعلم أن الله حرمه فحدوه ، وان لم يكن قد علم فأعلموه ، فان عاد فارجموه » وروى أن جارية سوداء رفعت الى عمر رضى الله عنه ، وقيل : انها زنت فخفقها بالدرة خفقات وقال : أى لكاع زنيت ؟ فقالت : من غونس بدرهمين ، تخبر بصاحبها الذى زنى بها ، ومهرها الذى أعطاها ، فقال عمر رضى الله

---

(١) الآية ١١٤ من سورة هود .

عنه : ما ترون ؟ وعنده علي وعثمان وعبد الرحمن بن عوف ، فقال على رضى الله عنه : ارى ان ترجمها ، وقال عبد الرحمن : ارى مثل ما راى اخوك ، فقال لعثمان : ما تقول ؟ قال : اراها تستهل بالذى صنعت ، لا ترى به باسا وانما حد الله على من علم امر الله عز وجل ، فقال : صدقت » فان زنى رجل بامراة وادعى انه لم يعلم بتحريمه ـ فان كان قد نشأ فيما بين المسلمين ـ لم يقبل قوله ، لانا نعلم كذبه ، وإن كان قريب العهد بالاسلام او نشأ فى بادية بعيدة من المسلمين او كان مجنونا فأفاق ، وزنى قبل ان يعلم الأحكام قبل قوله ، لانه يحتمل ما يدعيه ، فلم يجب الحد . وان وطىء المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وادعى انه جهل تحريمه ففيه وجهان احدهما : انه لا يقبل دعواه الا ان يكون قريب العهد بالاسلام ، أو نشأ فى موضع بقية من المسلمين ، كما لا يقبل دعوى الجهل ، اذا وطئها من غير اذن الراهن . والثانى : انه يقبل قوله لأن معرفة ذلك تحتاج الى فقه .

الشرح حديثا « رفع القلم » و « رفع عن أمتى الخطأ » :

أما الأول (رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ) فقد جاء بألفاظ منها ما رواه أحمد فى مسنده وأبو داود والنسائى وابن ماجه والحاكم عن عائشة رضى الله عنها مرفوعا « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبى حتى يكبر » وفى رواية لأحمد وأبى داود والحاكم عن على وعمر بلفظ « رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم » .

أما الثانى « رفع عن أمتى الخطأ الخ » قال فى اللآلىء المصنوعة فى الأحاديث الموضوعة : لا يوجد بهذا اللفظ ، وأقرب ما وجد ما رواه ابن عدى فى الكامل عن أبى بكرة رضى الله عنه بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة ثلاثا الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه » وقال : وعده ابن عدى من منكرات جعفر بن جسر ، وأخرج ابن ماجه عن ابن عباس يرفعه قال : « ان الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ورواه ابن حبان عنه يرفعه وكذا الحاكم وقال : صحيح على شرط الشيخين انتهى ، وقال فى المقاصد : وقع بهذا اللفظ فى كتب كثير من الفقهاء والأصوليين حتى انه وقع فى ثلاثة أماكن فى الشرح الكبير المسمى بالعزيز للامام الرافعى ،

وقال غير واحد من مخرجيه وغيرهم لم أظفر به ولكن قال محمد بن نصر المروزى فى باب طلاق المكره يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « رفع الله عن هذه الأمة الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه » وروى أبو نعيم فى تاريخ أصبهان وابن عدى فى الكامل بسند فيه جعفر بن جسر وهو ضعيف وأبوه جسر ضعيف عن أبى بكرة مرفوعا بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة ثلاثة الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه » لكن له شاهد جيد من رواية أبى القاسم الفضل بن جعفر التميمى المعروف بأخى عاصم فى فوائده عن ابن عباس رضى الله عنهما بلفظ « رفع الله » والباقى بلفظ الترجمة ، ورواه ابن ماجه وابن أبى عاصم والضياء فى المختارة عن محمد بن المصفى لكن بلفظ (وضع) بدل (رفع) ورجاله ثقات وصححه ابن حبان ، وأخرجه الطبرانى والدارقطنى والحاكم بلفظ (تجاوز) بدل (وضع) ثم قال السخاوى فى المقاصد الحسنة « وله طرق عن ابن عباس بل للوليد فيه اسنادان آخران عن ابن عمرو عن عتبة بن عامر ، قال ابن لأبى حاتم فى العلل : سألت أبى عنها فقال : هذه أحاديث منكرة كأنها موضوعة ، وقال فى موضع آخر : لم يسمعه الأوزاعى من عطاء ولا يصح هذا الحديث ولا يثبت اسناده ، وقال عبد الله بن أحمد فى القتل سألت أبى عنه فأنكره جدا ، وقال : ليس يروى الا عن الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ونقل الخلال عن أحمد قال : من زعم أن الخطأ والنسيان مرفوع فقد خالف كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم فان الله أوجب فى قتل النفس الخطأ الدية والكفارة يعنى من زعم ارتفاعهما على العموم فى خطاب الوضع والتكليف قال محمد بن نصر عقب ايراده ليس له اسناد يحتج بمثله ، ورواه العقيلى فى الضعفاء وكذا البيهقى وقال : ليس بمحفوظ عن مالك ، ورواه الخطيب عن مالك وقال : انه منكر عنه ، والحديث يروى عن ثوبان وأبى الدرداء وأبى ذر ، ومجموع هذه الطرق تظهر أن للحديث أصلا لا سيما وأصل الباب حديث أبى هريرة فى الصحيح عن زرارة بن أوفى يرفعه « ان الله تجاوز لأمتى ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم به » ورواه ابن ماجه بلفظ (عما توسوس به صدرها) بدل (ما حدثت به أنفسها) وزاد فى آخره (وما استكرهوا عليه) ويقال : ان هذه الجملة

مدرجة فى آخره وصححه ابن حبان والحاكم وغيرهما ، وقال النووى فى الروضة وأربعين : انه حسن ، وتكلم عليه الحافظ ابن حجر فى تخريج المختصر وبسط الكلام عليه السخاوى فى تخريج الأربعين قلت ولكن ابن أبى عدى فيما يرويه عن أبيه وأحمد بن حنبل وغيرهما جرحا رواية الفصل باللفظ الذى وردت به وتفرق بينها وبين الروايات الأخرى التى فى الصحيح للفرق فى الألفاظ والمعانى لمن تأمل والله أعلم •

وأما خبر سعيد بن المسيب فقد أخرجه الجوزى فى فوائده عن سفيان ابن عيينة عن عمرو بن دينار أنه سمع سعد بن المسيب يقول : ذكر الزنا بالشام فقال رجل : قد زنيت البارحة ، فقالوا : ما تقول ؟ فقال أو حرمه الله ، ما علمت أن الله حرمه ، فكتب الى عمر فقال : ان كان علم أن الله حرمه فحدوه ، وان لم يكن علم فعلموه فان عاد فحدوه ، ثم قال الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير : وهكذا أخرجه عبد الرزاق ، وأخرج البيهقى شاهدا له عن بكر بن عبد الله عن عمر أنه كتب اليه فى رجل قيل له : متى عهدك بالنساء ؟ فقال : البارحة قيل بمن ؟ قال : بأم مثواى ، يعنى ربة منزلى ، فقيل له قد هلكت ، قال : ما علمت أن الله حرم الزنا ، فكتب عمر أن يستحلف ثم يخلى سبيله •

اما اللغات فقوله : (خفقها بالدرة) الخفق هو الضرب بشىء عريض كالدرة ، وقال ابن بطال : والمخفقة الدرة التى يخفق بها وهى آلة عريضة فيها جلود مخفوقة • (واللكاع) هو مؤنث اللكع وهو اللئيم والعبد والأحمق ، ومن لا يتجه لمنطق ولا غيره ، ويقال فى النداء ، يا لكع وللاثنين : يا ذوى لكع وللأنثى لكمة ، وهذا ينصرف فى المعرفة ، لأنه ليس كذلك المعدول الذى يقال للمؤنث منه : لكاع ، للمرأة اللئيمة ، ولكوع ولكيع : اللئيم ، وبنو اللكيعة • قوله : (من غوش) لم نجد لهذه الكلمة معنى فى المعاجم ولا فى غريب الحديث وان قال ابن بطال فى غريب المهذب : اسم طائر أطلق على صاحبها •

اما الأحكام فانه لا يجب حد الزنا على الصبى ولا المجنون لقوله

صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » لأنهما اذا سقط عنهما التكليف فى العبادات والمآثم فى المعاصى فلأن لا يجب عليهما حد الزنا — ومبناه على الاسقاط — أولى ، وأما المملوك فلا يجب عليه الرجم سواء كان بكرا أو ثيبا وقال أبو ثور : يجب عليه الرجم اذا زنى بعد أن صار ثيبا ، لقوله صلى الله عليه وسلم « والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » ولم يفرق ، ولأنه حد لا يتبعض فاستوى فيه الحر والعبد كالقطع فى السرقة . وهذا خطأ لقوله تعالى : « فاذا (١) أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » فجعل على الأمة مع احصانها نصف ما على المحصنة من العذاب ، والرجم لا يتنصف ، ومعنى قوله تعالى : « أحصن » بفتح الهمزة أى أسلمن ، وعلى قراءتها بضم الهمزة أى تزوجن ، وروى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة اذا زنت ولم تحصن فقال صلى الله عليه وسلم : « اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها ، فاذا زنت فليجلدها ، فاذا زنت فليبعها ولو بضفيرة » قال ابن شهاب الزهرى : لا أدرى فليبعها قاله فى الثالثة أو فى الرابعة ، والضفير الحبل الخلق من الشعر ، ولأن الحد بنى على التفضيل ، فاذا لم يتبعض سقط فيه المملوك كالشهادة والميراث . ومعنى قولنا : بنى على التفضيل أى أن حد المملوك على النصف من حد الحر ، لأن الحر أفضل ، وحد الثيب أغلظ من حد البكر ، لأن الثيب أفضل ، ونساء النبى صلى الله عليه وسلم يضاعف عليهن العذاب لو أتين بفاحشة ، لأنهن أفضل ، وفيه احتراز من القطع فى السرقة لأنه لم يبن على المفاضلة ، بل يستوى فيه الجميع ، وقولنا : فاذا لم يتبعض ، احتراز من الجلد ومن عدد الزوجات والطلاق فى حق المملوك ، فان ذلك يتبعض .

فــرع اذا وجدت امرأة حاملا — ولا زوج لها — سئلت ؛ فان اعترفت بالزنا وجب عليها الحد ، وان أنكرت الزنا لم يجب عليها الحد ، وقال مالك رحمه الله : يجب عليها الحد ، وقد روى عن عمر رضى

---

(١) الآية ٢٥ من سورة النساء .

الله عنه قوله : « الرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا ثبت بشهادة أو اعتراف أو حبل » دليلنا أنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة أو اكراه ، والحد يدرأ بالشبهة ، وما روى عن عمر رضى الله عنه فقد روى عنه خلافه ، وذلك أنه روى أنه أتى بامرأة حامل فسألها فقالت : لم أفسر ركبنى رجل ؟ فقال عمر رضى عنه : دعوها •

مسألة اذا أكره رجل امرأة على الزنا وجب عليه الحد دونها لما ذكرناه عن عمر رضى الله عنه فى التى قبلها حيث قال فى المرأة : دعوها ، ويجب عليه لها المهر • وقال أبو حنيفة : لا يجب • دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن مهر البغى » والبغى الزانية ، وهذه ليست بزانية ، ولا هى ملكه ، فوجب لها المهر كما لو وطئها بشبهة • وان أكره رجل على الزنا فزنى ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق والمسعودى ، أحدهما : يجب عليه الحد ، لأن الوطء لا يتأتى الا بالشهوة ولا يوجد ذلك الا من المختار • والثانى : لا يجب عليه الحد ، ولم يذكر ابن الصباغ غيره ، لأنه مكره على الزنا فلم يجب عليه الحد كالمرأة وقال أبو حنيفة : ان أكرهه السلطان أو الحاكم لم يجب عليه الحد ، وان أكرهه غيرهما وجب عليه الحد استحسانا • دليلنا أنه مكره على الوطء فلم يجب عليه الحد كما لو أكرهه السلطان •

مسألة ولا يجب حد الزنا على من زنى وهو لا يعلم تحريم الزنا ، لما روى أن رجلا قال : زنيت البارحة ، فسئل فقال : ما علمت أن الله حرمه فكتب ذلك الى أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فكتب : « ان كان علم أن الله حرمه فحدوه ، وان لم يعلم فأعلموه ، فان عاد فارجموه » وكذلك روى عن عثمان رضى الله عنه • فان زنى رجل وادعى أنه لم يعلم تحريمه أو نشأ فى بادية بعيدة من المسلمين قبل قوله ، لأن الظاهر أنه لا يعلم ، فان وطىء المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وادعى أنه لم يعلم تحريمه ففيه وجهان ، أحدهما : لا تقبل دعواه الا أن يكون قريب العهد بالاسلام ، أو ناشئا فى بادية ، كما لو وطىء عنين المرهونة ، أو وطىء المرهونة بغير اذن الراهن وادعى الجهل بتحريم الزنا • والثانى : يقبل قوله ، لأن معرفة ذلك تحتاج الى فقه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وجد امرأة فى فراشه فظنها امته او زوجته فوطئها لم يلزمه الحد ، لانه يحتمل ما يدعيه من الشبهة .

فصـــل وان كان احد الشريكين فى الوطء صغيرا والآخر بالغا او احدهما مستيقظا والآخر نائما او احدهما عاقلا والآخر مجنونا او أحدهما عالما بالتحريم والآخر جاهلا ، او أحدهما مختارا والآخر مستكرها ، او احدهما مسلما والآخر مستأمنا ، وجب الحد على من هو من اهل الحد ، ولم يجب على الآخر ، لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد ، وانفرد الآخر بما يسقط الحد ، فوجب الحد على احدهما ، وسقط عن الآخر . وان كان أحدهما محصنا والآخر غير محصن ، وجب على المحصن الرجم ، وعلى غير المحصن الجلد والتغريب لأن احدهما انفرد بسبب الرجم ، والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب ، وان اقر احدهما بالزنا وانكر الآخر وجب على المقر الحد لما روى سهل بن سعد الساعدى : « أن رجلا اقر انه زنى بامرأة فبعث النبى صلى الله عليه وسلم اليها فجحدت ، فحد الرجل » وروى ابو هريرة رضى الله عنه وزيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فأوجب الحد على الرجل ، وعلق الرجم على اعتراف المرأة .

فصـــل وان استاجر امرأة ليزنى بها فزنى بها ، او تزوج ذات رحم محرم فوطئها وهو يعتقد تحريمها ، وجب عليه الحد ، لانه لا تأثير للعقد فى اباحة وطئها ، فكان وجوده كعدمه ، وان ملك ذات رحم محرم ووطئها ففيه قولان ، احدهما : انه يجب عليه الحد ، لأن ملكه لا يبيح وطأها بحال فلم يسقط الحد . والثانى : انه لا يجب عليه الحد ، وهو الصحيح ، لانه وطء فى ملك فلم يجب به الحد ، كوطء أمته الحائض ؛ ولانه لا يختلف المذهب انه يثبت به النسب ، وتصير الجارية ام ولد له ، فلم يجب به الحد ، فان وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد ، وقال ابو ثور : ان علم بتحريمها وجب عليه الحد ، لأن ملك البعض لا يبيح الوطء ، فلم يسقط الحد ، كملك ذات رحم محرم . وهذا خطأ ، لانه اجتمع فى الوطء ما يوجب الحد وما يسقط ، فغلب الاسقاط ، لأن مبنى الحد على الدرء والاسقاط . وان وطىء جارية ابنه لم يجب عليه الحد ، لأن له فيها شبهة ، ويلحقه نسب ولدها ، فلم يلزمه الحد بوطئها .

الشرح حديث سهل بن سعد الساعدى أخرجه أبو داود

وأحمد • وحديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى مضى تخريجه فى غير موضوع •

أما الأحكام فاذا وجد رجل امرأة على فراشه فظنها زوجته أو أمته فوطئها لم يجب عليه الحد • وقال أبو حنيفة : يجب عليه الحد الا ان زفت اليه امرأة ليلة الزفاف فقيل له : زففنا اليك امرأتك فوطئها : فلا يجب عليه الحد • دليلنا أنه وطىء امرأة معتقدا أنها زوجته فلم يجب عليه الحد كما لو زفت اليه امرأة ، وقيل له : هذه امرأتك فوطئها •

فـــرع وان زنى بالغ بصغيرة أو عاقل بمجنونة ، أو مستيقظ بنائمة ، أو مختار بمكرهة ، أو عالم بالتحريم بجاهلة بالتحريم وجب الحد على الرجل دون المرأة ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه من أهل وجوب الحد عليه ، فوجب عليه الحد كما لو كانت مساوية له • وان زنى حربى مستأمن بمسلمة وجب الحد على المرأة دون الرجل ، لأنها من أهل وجوب الحد ؛ وان زنى مجنون بعاقلة مكنته من نفسها أو زنى صــغير بكبيرة أو جاهل بالتحريم بعالم أو استدخلت ذكر نائم فى فرجها ، وجب الحد على المرأة دون الرجل • وقال أبو حنيفة : الاعتبار بالرجل فاذا سقط الحد عن أحــد الواطئين لمعنى يخصه سقط عن الآخر ، كما لو زنى المستأمن بمسلمة • وان كان أحــد الزانيين ثيبا والآخر بكرا وجب على الثيب الرجم وعلى البكر الجلد والتغريب لأن كل واحد منهما انفرد بسبب ذلك •

مســألة اذا استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بهــا أو تزوج ذات رحم كأمه أو أخته وامرأة ابنه أو أبيه أو امرأة طلقها ثلاثا ولم تتزوج زوجا غيره ، أو امرأة معتدة فى عدتها ، أو تزوج خامسة فوطئها مع العلم بتحريمها وجب عليه الحد ، وبه قال الحسن وجابر بن زيد ومالك وأحمد وأصحابه وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو أيوب وابن أبى خيثمة واسحاق بن راهويه • وقال أبو حنيفة والثورى : لا حد عليه ، لأنه وطء تمكنت الشبهة منه فلم يوجب الحد كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها ، وبيــان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد النكاح الذى هو سبب للاباحة

فاذا لم يثبت حكمه وهو الاباحة بقيت صورته شبهة دارئة للحد الذى يندرىء بالشبهات •

دليلنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى ذات رحم محرم فاقتلوه » ولحديث البراء بن عازب رضى الله عنه قال : « لقيت خالى ومعه الراية فقلت : أين تريد ؟ قال : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله » أخرجه أصحاب السنن ولم يذكر ابن ماجه ولا الترمذى أخذ المال • والحديث له طرق كثيرة منها ما رجاله رجال الصحيح ولأنه وطء فى غير ملك محرم بدواعيه غير مختلف فيه ، فاذا تعمده وجب الحد كالزنا ، فقولنا : فى غير ملك احتراز من وطء أحد الشريكين للجارية المشتركة بينهما ، ومنه اذا وطىء أخته التى ملكها ، وقولنا : محرم بدواعيه احتراز من واطىء زوجته الحائض ، وقولنا : غير مختلف فيه احتراز من الأنكحة الفاسدة • وان ملك أمه أو أخته فوطئها ، فهل يجب عليه الحد ؟ فيه قولان ، حكاهما الخراسانيون وجهين ، أحدهما : لا يجب عليه الحد ، لأنه وطء فى ملكه فلم يجب عليه الحد ، ولو كان محرما كما لو وطىء امرأته الحائض • والثانى : يجب عليه الحد ، لأن ملكه لها لا يبيح له وطئها بحال ، فوجب عليه الحد لوطء الأجنبية •

فـــرع وان وطىء امرأة بنكاح فاسد بولى غير رشيد أو نكاح متعة ، أو اذا نكح امرأة بغير ولى ، فوطئها لم يجب عليه الحد ، وقال الصيمرى : ان كان شافعيا يعتقد أن النكاح بلا ولى لا يصح وجب عليه بوطء المرأة فى النكاح بلا ولى ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : اذا وطئها فى النكاح بلا ولى وجب عليه الحد بكل حال ، لأن الأخبار فى بطلانه ظاهرة ، والأول أصح ، لأنه نكاح مختلف فى صحته ، فلم يجب به الحد ، كما لو نكح امرأة من ولى فاسق ووطئها •

فـــرع اذا أباح له غيره وطء جاريته فوطئها وجب عليه الحد اذا كان عالما بتحريم ذلك • وقال أبو حنيفة : ان أباحت له زوجته جاريتها

فوطئها لم يجب عليه الحد . دليلنا أنه وطء محرم مجمع على تحريمه فوجب عليه الحد كما لو كانت لغير زوجته . وان زنى بجارية له عليها قصاص وجب عليه الحد . وقال أبو حنيفة : لا يجب . دليلنا أنه زنى بجارية لا يملكها وليس له فيها شبهة ملك ، فوجب عليه الحد كما لو كانت مرهونة عنده ، وان زنى بجارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد سواء علم بتحريمه أو لم يعلم ، وقال أبو ثور : يجب عليه الحد . دليلنا أنه اجتمع فى الوطء ما يوجب الحد والاسقاط ، فغلب الاسقاط ، لأن الحدود تدرأ بالشبهة ، وملكه لبعضها فيه اسقاط فسقط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واللواط محرم لقوله عز وجل : « ولوطا اذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين » فسماه فاحشة . وقد قال عز وجل : « ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن » ولأن الله عز وجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به احدا ، فدل على تحريمه ومن فعل ذلك وهو ممن يجب عليه حد الزنا وجب عليه الحد ، وفى حده قولان احدهما وهو المشهور من مذهبه ، انه يجب فيه ما يجب فى الزنا ، فان كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب ، وان كان محصنا وجب عليه الرجم ، لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، واذا اتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا . والقول الثانى : أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » ولأن تحريمه اغلظ ، فكان حده أغلظ ، وكيف يقتل ؟ فيه وجهان احدهما انه يقتل بالسيف لأنه اطلق القتل فى الخبر فانصرف اطلاقه الى القتل بالسيف ، والثانى انه يرجم لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا .

الشرح قوله تعالى : « ولوطا اذ قال لقومه أتأتون الفاحشة [1] ـ الآية » الفاحشة هى اتيان الذكور ، نعتها الله تعالى باسم الفاحشة ليبين أنها زنا ، كما قال تعالى : « ولا تقربوا [2] الزنا انه كان فاحشة » .

---

(١) الآية ٨٠ من سورة الأعراف .

(٢) الآية ٣٢ من سورة الاسراء .

أما قوله تعالى : « ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن [1] » فقد جاءت فى سياق قوله تعالى : « قل تعالوا أتل ما حرم ربكم عليكم » الآية وقد جاء نظيره فى النهى عن الظاهر والباطن من المأثم فى قوله تعالى : « وذروا ظاهر الاثم وباطنه » فالنهى عما ظهر وما بطن نهى عن جميع أنواع الفواحش ، وهى المعاصى وما عقد عليه القلب من المخـالفة ، وظهر وبطن حالتان تستوفيان أقسام ما جعلت له من الأشياء .

أما حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه فقد أخرجه البيهقى وفى اسناده محمد بن عبد الرحمن قال البيهقى : لا أعرفه والحديث منكر بهذا الاسناد . ورواه أبو الفتح الأزدى فى الضعفاء والطبرانى فى الكبير من وجه آخر عن أبى موسى وفيه بشر بن المفضل البجلى وهو مجهول ، وقد أخرج الحديث أيضا أبو داود الطيالسى فى مسنده عنه . وقـد أخرج أصحاب السنن عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفـاعل والمفعول به » وعن سعيد بن جبير ومجاهد عن ابن عبـاس : « فى البكر يوجد على اللوطية يرجم » رواه أبو داود ، وقد أخرجه أيضا الحاكم والبيهقى وقال الحافظ ابن حجر : رجاله موثقون الا أن فيه اختلافا . قال الترمذى : وانما يعرف هذا الحديث عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم من هذا الوجه ، وروى محمد بن اسحق هـذا الحديث عن عمرو بن أبى عمرو فقـال : « ملعون من عمل عمل قوم لوط » ولم يذكر القتل هكذا حكاه الشوكانى عنه . ثم قال : وقال يحيى بن معين : عمرو بن أبى عمرو مولى المطلب ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس وساق الحديث ثم قال : ويجاب عن ذلك بأنه قـد احتج به الشيخان ، وروى عنه مالك فى الموطأ ، وقـد استنكر النسائى هذا الحديث .

اما اللغات فان لوطا اشتق اسمه من الفعل لاط الحوض بالطين لوطا طينه قال الليث : لوط كان نبيا بعثه الله الى قومه فكذبوه ، وأحدثوا

---

(١) الآية ١٥١ من سورة الأنعام .

ما أحدثوا فاشتق النـاس من اسمه فعـلا لمن فعل فعل قومه • قال فى اللسان : ولوط اسم ينصرف مع العجمة والتعريف وكذلك نوح ، قاله الجوهرى : وانما ألزموهما الصرف لأن الاسم على ثلاثة أحرف أوسـطه ساكن وهو على غاية الخفة ، فقاومت خفته أحد السببين ، وكذلك القياس فى هنـد ودعد الا أنهم لم يلزموا الصرف فى المؤنث ، وخيروك فيـه بين الصرف وتركه •

أما الأحكام فان اللواط (وهو اتيان الذكور فى أدبارهم) محرم ؛ وهو من الكبائر لقوله تعالى : « اذ قال لقومه : أتأتون الفاحشة » فسماه فاحشة ، والله يقول : « قل انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن » ولأن الله قال : « أتأتون الذكران من العالمين ، وتذرون ما خلق لكم ربكم من أزواجكم ، بل أنتم قوم عادون » فوبخهم على ذلك ربنا تبارك وتعالى • وسماهم عادين ، ولأن الله تعالى عاقب على هذا الفعل فى الدنيا بما لم يعاقب على ذنب ، قال تعالى : « فلما جاء أمرنا جعلنا عاليها سافلها » الآية ؛ وروى حذيفة رضى الله عنه أن جبريل احتمل أرضهم فرفعها حتى سمع أهل سماء الدنيا صوت كلابهم ، وأوقد تحتهم نارا وقلبهم عليها • وروى معـاوية ابن قرة رضى الله عنـه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لجبريل عليـه السلام : « ما أحسن ما أثنى عليك ربك : (ذى [1] قوة عنـد ذى العرش مكين ، مطاع ثم أمين) فما قوتك ؟ وما أمانتك ؟ قال جبريل عليه السلام : أما أمانتى فما أمرت بأمر قط عدوت به الى غيره ، وأما قوتى فهـو أنى قلعت مدائن قوم لوط من الأرض السفلى فكانت أربع مدائن فى كل مدينة أربعمائة ألف مقاتل سوى الذرارى ، فهويت بها فى الهوى حتى سمع أهل سماء الدنيا صياح الدجاج ونباح الكلاب ثم ألقيتها » ولم أقف على درجة هذا الخبر وانما ساقه صاحب البيان وغيره ولم يورده القرطبى على احتفاله بمثل هذا الخبر • وروى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لعن الله من يعمـل عمل قوم لوط ــ ثلاثا ــ ثم قال : من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » رواه أبو داود

---

(١) الآية ٢٠ من سورة التكوير •

والترمذى وابن ماجه وأحمد والدارقطنى • وأخرج البيهقى عن أبى بكر رضى الله عنه « أنه جمع الناس فى حق رجل ينكح كما تنكح النساء ، فسأل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فكان من أشدهم يومئذ قولا على بن أبى طالب كرم الله وجهه قال : هذا ذنب لم تعص به أمة من الأمم الا أمة واحدة صنع الله بها ما قد علمتم ، نرى أن تحرقه بالنار ، فاجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن يحرقه بالنار ، فكتب أبو بكر الى خالد بن الوليد فأمره أن يحرقه بالنار » وفى اسناده ارسال الا أنه روى من وجه آخر عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على فى قصة الذى يؤتى كالنساء قال : يرجم ويحرق • وأخرج البيهقى عن ابن عباس أنه سئل عن حد اللوطى فقال : ينظر أعلى بناء فى القرية فيرمى به منكسا ثم يتبع الحجارة ، وقد أخذ ابن الزبير فى امارته بتحريق من هذا شأنه ، وقد روى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه يرمى على اللوطى حائط • وهذا اجماع الصحابة على قتله ، وانما الاختلاف بينهم فى طريقة القتل وما يقتل به • هذا قوله والقول الثانى : أنه كالزنا بالفرج فيجلد ويغرب ان كان بكرا ، ويرجم ان كان ثيبا ، وهو المشهور من المذهب ، وبه قال الحسن البصرى وعطاء والنخعى وقتادة والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا زنى الرجل بالرجل فهما زانيان » فسماهما النبى صلى الله عليه وسلم زانيين ، وقد تقرر حد الزانى فى البكر والثيب ، ولأنه فرج يجب فى الايلاج فيه الحد ، ففرق فيه بين البكر والثيب كفرج المرأة ، وما روى عن الصحابة رضى الله عنهم محمولا على أنهم فعلوا ذلك بالثيب ، هذا مذهبنا ، وقال أبو حنيفة : لا يجب فيه الحد وانما فيه التعزير وقال ابن قدامة فى المغنى فى شرح عبارة الخرقى التى قال فيها : « ومن تلوط قتل بكرا كان أو ثيبا فى احدى الروايتين — يعنى عن أحمد — والأخرى حكمه حكم الزانى » قال : ووجه الرواية الأولى قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » رواه أبو داود وفى لفظ : « فارجموا الأعلى والأسفل » ولأنه اجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فانهم أجمعوا على قتله ، وانما اختلفوا فى صفته » واحتج أحمد رضى الله عنه بقول على عليه السلام ، وأنه كان يرى رجمه ،

ولأن الله تعالى عذب قوم لوط بالرجم فينبغى أن يعاقب من فعل فعلهم بمثل عقوبتهم ، وقول من أسقط الحد عنه يخالف النص والاجماع ، وقياس الفرج على غيره لا يصح لما بينهما من الفرق .

وقال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : ولا يوافق أبا حنيفة على القول بالتعزير أحد ، فأما المسعودى فقال : خرج هذا قولا ثالثا من اتيان البهيمة ، وليس بمشهور ، وما ذكرنا للقولين دليل على أبى حنيفة ، فاذا قلنا : انه كالزنا فى الفرج فلا كلام ، واذا قلنا : انه يقتل بكل حال قال الشيخ أبو اسحق هنا فى المهذب : فكيف يقتل ؟ فيه وجهان ، وحكاهما المسعودى قولين أحدهما : أنه يقتل بالسيف ، لأن اطلاق القتل ينصرف الى القتل بالسيف كما قلنا فى قتل الردة . والثانى : يقتل بالرجم ، لأنه قتل يجب بالزنا فكان بالقتل كرجم الثيب اذا زنى فى الفرج .

فــــرع واذا وطىء امرأته فى دبرها ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال الشيخ أبو حامد وبعض أصحابنا الخراسانيين : لا يجب عليه الحد قولا واحدا ، لأنها محل شهوته ، ولأنه مختلف فى اباحته ــ فان مالكا يبيحه فى الزوجة ــ وقال بعض أصحابنا الخراسانيين : هو كما لو وطىء أخته فى ملكه هل يجب عليه الحد ؟ على القولين ، وان لاط الرجل بعبده ــ فاختلف الخراسانيون فيه ــ فمنهم من قال : هو كما لو لاط بعبد غيره ، لأنه لا يستباح بحال ، ومنهم من قال : هو كما لو وطىء أخته فى ملكه على القولين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ومن حرمت مباشرته فى الفرج بحكم الزنا واللواط حرمت مباشرته فيما دون الفرج بشهوة ، والدليل عليه قوله عز وجل : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخلون احدكم بامرأة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان » فاذا حرمت الخلوة بها فلأن تحرم المباشرة أولى ، لأنها ادعى الى الحرام ، فان فعل ذلك لم يجب عليه الحد لما روى**

ابن مسعود رضى الله عنه « ان رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انى اخذت امراة فى البستان واصبت منها كل شيء غير انى لم انكحها فاعمل بى ما شئت ، فقرا عليه (اقم الصـلاة طرفى النهار ، وزلفـا من الليل ، ان الحسنات يذهبن السيئات) ويعزر عليه ، لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فشرع فيها التعزير •

فصــــل **ويحرم اتيان المراة المراة لما روى أبو موسى الأشعرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أتت المراة المراة فهما زانيتان » ويجب فيه التعزير دون الحد ، لأنها مباشرة من غير ايلاج فوجب بهـا التعزير دون الحد كمباشرة الرجل المراة فيما دون الفرج •**

الشرح قوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون » احدى آيات عشر فى مطلع سورة المؤمنون ، أخرج الترمذى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا نزل عليه الوحى سمع عند وجهه كدوى النحل ، وأنزل عليه يوما فمكثنا عنده ساعة فسرى عنه فاستقبل القبلة فرفع يديه وقال : « اللهم زدنا ولا تنقصنا ، وارضنا وارض عنا — ثم قال أنزل على عشر آيات من أقامهن دخل الجنة — ثم قرأ — قد أفلح المؤمنون الذين هم فى صـلاتهم خاشـعون ، والذين هم عن اللغو معرضون والذين هم للزكاة فاعلون ، والذين هم لفروجهم حافظون — الى قوله تعالى — الذين يرثون الفردوس هم فيها خالدون » قال ابن العربى : هذا الحديث فى أحكام القرآن — ثم قال ابن العربى : من غريب القرآن أن هذه الآيات العشر عامة فى الرجال والنساء كسائر ألفاظ القرآن التى هى محتملة لهم ، فانها عامة فيهم الا قوله « والذين هم لفروجهم حافظون » فانما خاطب بها الرجال خاصة دون الزوجات ، بدليل قوله تعالى : « الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » وانما عرف حفظ المرأة فرجها من أدلة أخر كآيات الاحصان عموما وخصوصا وغير ذلك من الأدلة • قال القرطبى : وعلى هذا التأويل فى الآية فلا يحل لامرأة أن يطأها من تملكه اجماعا من العلماء ، لأنها غير داخلة فى الآية ، ولكنها لو أعتقته بعد ملكها له جاز له أن يتزوجها كما يجوز لغيره عند الجمهور • وروى عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة والشعبى والنخعى أنها لو أعتقته حين ملكته كانا على نكاحهما • قال أبو عمر — يعنى ابن عبد البر — ولا يقول هذا أحد من فقهاء الأمصار ،

لأن تملكها عندهم يبطل النكاح بينهما ، وليس ذلك بطلاق ، وانما هو فسخ للنكاح ، وأنها لو أعتقته بعد ملكها له لم يراجعها الا بنكاح جديد ، ولو كانت فى عدة منه ٠

أما حديث : « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم ، فان ثالثهما الشيطان » أورده المنذرى فى الترغيب والترهيب فى كتاب النكاح ثم ساق حديث ابن عباس عند البخارى ومسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخلون أحدكم بامرأة الا مع ذى محرم » ٠

وذكر فى أحاديث الحمام عن ابن عباس عند الطبرانى وفيه : « ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس بينهما وبينه محرم » وأخرج الطبرانى عن أبى أمامة رضى الله عنه قال : « اياك والخلوة بالنساء ، والذى نفسى بيده ما خلا رجل بامرأة الا ودخل الشيطان بينهما ، ولأن يزحم رجل خنزيرا متلطخا بطين أو حمأة خير له من أن يزحم منكبه منكب امرأة لا تحل له » قال المنذرى : حديث غريب ٠

أما الأحكام فان من حرمت مباشرته بالوطء فى الفرج بحكم الزنا واللواط حرمت معاشرته فيما دون الفرج بشهوة لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين » وهذا ليس بواحد منهم ، وقولنا : بحكم الزنا احتراز من امرأته الحائض والمحرمة والصائمة فان باشر من تحرم عليه مباشرته فيما دون الفرج بشهوة لم يجب عليه الحد لحديث الرجل الذى أصاب من امرأة كل شىء الا الجماع وأخبر النبى صلى الله عليه وسلم بذلك لم يقم عليه الحد ٠

ويجب عليه التعزير لأنه معصية لا حد فيها ولا كفارة ٠

فـــرع ويحرم اتيان المرأة المرأة لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » وقد مضى تخريجه ، فان ساحقت المرأة المرأة لم يجب عليهما الحد ، وقال مالك : يجب على كل واحدة منهما الحد وهو مائة جلدة ٠ دليلنا أنها مباشرة لا ايلاج فيها فلم يجب فيها الحد ، كما

لو باشر الرجل المرأة فيما دون الفرج ، ويعزران لأنها معصية لا حد فيها ولا كفارة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويحرم اتيان البهيمة لقوله عز وجل : « والذين هم لفروجهم حافظون ، الا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين » (١) فان اتى البهيمة وهو ممن يجب عليه حد الزنا ، ففيه ثلاثة اقوال احدها : انه يجب عليه القتل لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اتى بهيمة فاقتلوه ، واقتلوها معه » وروى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » وكيف يقتل ؟ على الوجهين فى اللواط . والقول الثانى : انه كالزنا فان كان غير محصن جلد وغرب ، وأن كان محصنا رجم ، لانه حد يجب بالوطء ، فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا . والقول الثالث : انه يجب فيه التعزير ، لأن الحد يجب للردع عما يشتهى ، وتميل اليه النفس ، ولهذا وجب فى شرب الخمر ولم يجب فى شرب البول ، وفرج البهيمة لايشتهى فلم يجب فيه الحد . وأما البهيمة فقد اختلف اصحابنا فيها ، فمنهم من قال : يجب قتلها ، لحديث ابن عباس وأبى هريرة ، ولانها ربما أتت بولد مشوه الخلق ، ولأنها اذا بقيت كثر تعيير الفاعل بها ، ومنهم من قال : لا يجب قتلها لأن البهيمة لا تذبح لغير ماكلة ، وحديث ابن عباس يرويه عمرو ابن أبى عمرو وهو ضعيف، وحديث أبىهريرة يرويه على بن مسهر، وقال احمد رحمه الله : ان كان روى هذا الحديث غير على والا فليس بشىء ، ومنهم من قال : ان كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت ، وان كانت مما لا تؤكل لم تذبح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير ماكلة ، فان قلنا : انه يجب قتلها وهى مما يؤكل ففى اكلها وجهان احدهما : انه يحرم لأن ما أمر بقتله لم يؤكل كالسبع ، والثانى انه يحل اكلها لانه حيوان ماكول ، ذبحه من هو من اهل الذكاة ، وان كانت البهيمة لغيره وجب عليه ضمانها ، ان كانت مما لا تؤكل ، وضمان ما نقص بالذبح اذا قلنا انها تؤكل لانه هو السبب فى اتلافها وذبحها .

فصل وان وطىء امراة ميتة وهو من اهل الحد ففيه وجهان ، احدهما : انه يجب عليه الحد ، لانه ايلاج فى فرج محرم ولا شبهة له فيه فاشبه اذا كانت حية ، والثانى : انه لا يجب لانه لا يقصد فلا يجب فيه الحد .

---

(١) الآية ٥ من سورة المؤمنون .

فصـــل ويحرم الاستمناء لقوله عز وجل : « والذين هم لفروجهم حافظون ، الا على ازواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين » ولأنهـا مباشرة تفضي الى قطع النسل فحرم كاللواط ، فان فعل عزر ، ولم يحد لأنها مباشرة محرمة من غير ايلاج فاشبهت مباشرة الأجنبية فيما دون الفرج . وبالله التوفيق .

الشرح مضى الكلام آنفـا في تفسـير قوله : « والذين هم لفروجهم حافظون » وكلام القاضي أبي بكر بن العربي والامام القرطبي .

أما حديثا ابن عباس وأبي هريرة فان الأول رواه أبو داود والترمذي وأحمد من حديث عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة عن ابن عبـاس بلفظ : « من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » قال الترمذي : لا نعرفه الا من حديث عمرو بن أبي عمرو ، وروى أبو داود والترمذي من حديث عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس أنه قال : « من أتى بهيمة فلا حد عليه » وقد روى ابن ماجه من حديث ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من وقع على ذات محرم فاقتلوه ، ومن وقع على بهيمـة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » وابراهيم بن اسماعيل قال فيه البخاري : منكر الحديث ، وقال فيه أحمد : ثقة ، وأخرجه أبو يعلى من حديث عبد الغفار بن عبد الله بن الزبير عن علي ابن مسهر عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا وساقه ، وذكر ابن عدي عن أبي يعلى أنه قال : بلغنا أن عبد الغفار رجع عنه ، وذكر ابن عدي أنهم كانوا لقنوه . قال الشوكاني : وأخرج هذا الحديث البيهقي بلفظ : « ملعون من وقع على بهيمة وقال : اقتلوه واقتلوها ، لا يقال هذه التي فعل بها كذا وكذا » ومال البيهقي الى تصحيحه ، ورواه أيضـا عن طريق عباد بن منصـور عن عكرمة ، ورواه عبد الرازق عن ابراهيم بن محمد عن داود بن الحصين عن عكرمة ، وابراهيم ضعيف ، وان كان الشافعي يقوي أمره .

اذا ثبت هذا فقد تبين لنـا أن هـذا الحديث لم ينفرد به عمرو عن عكرمة كما قال الترمذي وانما رواه عن عكرمة جماعة ، وقد قال البيهقي :

رويناه عن عكرمة من أوجه ، مع أن تفرد عمرو بن أبي عمرو لا يقدح في الحديث ، فقد احتج به الشيخان ، ووثقه يحيى بن معين ، وقال البخاري : عمرو صدوق ، ولكنه روى عن عكرمة مناكير وقال الذهبي في الميزان : عمرو بن أبي عمرو مولى المطلب : صدوق • حديثه مخرج في الصحيحين في الأصول • سمع أنسا ، وسعيد بن جبير وجماعة ، وعنه مالك والدراوردي • قال أبو حاتم : لا بأس به • وقال أبو داود : ليس بذاك • وفي لفظ ليس بالقوي ، وقال أحمد وغيره : ما به بأس ، وروى عباس عن يحيى : لا يحتج بحديثه • وقال في موضع آخر من كتاب عباس : كان يستضعف ، وكان مالك يروي عنه • وروى عثمان بن سعيد عن يحيى : ليس بالقوي الى أن قال : وروى أحمد بن أبي مريم عن ابن معين قال : عمرو بن أبي عمرو ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اقتلوا الفاعل والمفعول به » •

أما علي بن مسهر الذي ساقه المصنف في اسناد أبي هريرة فلم يذكره الذهبي في الميزان حيث لم يذكر فيه الا من تكلم فيه ، وهو دليل على أن الذهبي يضعه في مرتبة المجمع على فضله ونبله • فهو علي بن مسهر القرشي أبو الحسن الكوفي الحافظ هكذا عرفه الخزرجي في التذهيب ، روى عن الأعمش واسماعيل بن أبي خالد وهشام بن عروة ، وعنه خالد بن مخلد ، وهناد ، وعبيد محمد المحاربي ، وقد وثقه ابن معين امام أهل النقد قال ابن منجويه مات سنة ١٨٩ • أما حديث النهي من ذبح الحيوان لغير مأكلة فقد خرجه النووي في الصيد والذبائح •

اما اللغات فقوله : (مشنوه الخلق) قال ابن بطال في شرح غريب المهذب : أي قبيح الخلق ، ومنه الحديث شاهت الوجوه : قبحت وفي القاموس : شاه وجهه شوها وشوهة : قبح ، كشوه كفرح ، فهو أشوه ، ولا تشوه علي : لا تصيبني بعين ، والشوهاء العابسة والجميلة ، ضد أو المفرطة رحب الشدقين والمنخرين والصغيرة الفم ، ضد ، ورجل شائه البصر ، وشاه البصر : حديده •

وقال الشاعر يصف فرسا :

فهى شوهاء كالجوالق فوها مستجاف يضل فيه الشكيم

أما الأحكام فانه يحرم اتيان البهيمة لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون ، الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون (١) » فان فعل ذلك من يجب عليه حد الزنا فما الذى يجب عليه ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يجب قتله بكرا كان أوثيبا ، وبه قال أبو سلمة عبد الرحمن لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » قيل ابن عباس : ما شأن البهيمة تقتل ؟ فقال : انها ترى فيقال : هذه هذه وقد فعل بها ما فعل ، رواه أبو داود والنسائى . وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » ولأن هذا الفرج لا يستباح بحال فغلظ فيه الحد فعلى هذا كيف يقتل ؟ فيه وجهان ، أحدهما : بالسيف ، والثانى : بالرجم ، وقد مضى دليلهما . والقول الثانى : انه كالزنا فى فرج المرأة فيجلد ويغرب ان كان بكرا ، ويرجم ان كان ثيبا ، لأنه فرج يجب بالايلاج فيه الغسل ففرق فيه بين البكر والثيب كفرج المرأة ، والثالث : أنه لا يجب به الحد وانما فيه التعزير . وقد قال الشوكانى فى النيل : « وقد اختلف أهل العلم فيمن وقع على بهيمة فأخرج البيهقى عن جابر بن زيد أنه قال : « ان كان محصنا رجم » . وروى أيضا عن الحسن البصرى أنه قال : « هو بمنزلة الزانى » قال الحاكم : « أرى أن يجلد ولا يبلغ به الحد » وهو مجمع على تحريم اتيان البهيمة . قال العمرانى فى البيان : القول الثالث عندنا قال به أكثر أهل العلم ، لأن الحد انما يجب فى الايلاج يبتغى منه كمال اللذة وفرج البهيمة مما تعافه النفس ولا يفعله الا السفهاء فلم يجب فيه الحد كشرب البول ، ومن أصحابنا من قال : لا يجب به الا التعزير قولا واحدا ، وأما البهيمة المفعول بها فاختلف أصحابنا فيها فذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى انها ان كانت

---

(١) الآيات ٥ ، ٦ ، ٧ من سورة المؤمنون .

مما تؤكل فلا خلاف أنها تذبح ، ولأى معنى تذبح ؟ فيه وجهان : أحدهما : تذبح لكيلا تلد ولدا مشوها لما روى أن راعيا أتى بهيمة فولدت خلقا مشوها ، والثانى : تذبح لئلا يقال : هذه وهذه قد فعل بها فبالمعنى الثانى تقتل ، وبالمعنى الأول لم تقتل ، وان أتاها فى دبرها — فان قلنا : تذبح لما رويناه عن ابن عباس رضى الله عنهما ، فاذا ذبحت هل يحل أكلها ؟ يبنى على العلتين ، فان قلنا : تذبح فيه وجهان ، أحدهما : تذبح لما ذكرناه من العلتين فى التى يؤكل لحمها ، والثانى : لا تذبح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان الا لمأكلة ، وهذا يذبح لا لمأكلة فقد أخرج النسائى والحاكم وصححه من حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما من انسان يقتل عصفورا فما فوقها بغير حقها الا يسأله الله عز وجل عنها ، قيل : يا رسول الله وما حقها ؟ قال : أن يذبحها فيأكلها ، ولا يقطع رأسها ويرمى بها » وعلى هذا فهذا يذبح لغير مأكلة ، فلا يجوز ذبحه ، وذكر الشيخ أبو اسحق المصنف هنا وابن الصباغ فى الشامل : هل تذبح البهيمة المفعول بها ؟ ثلاثة أوجه أحدها : يجب ذبحها للخبرين ، والثانى : لا يجب ذبحها ، لأن البهيمة لا تذبح لغير مأكلة ، والخبران عندهما على هذا الوجه ضعيفان ، وقد رددنا القول بالضعف فى تخريجنا للخبرين ، والثالث : ان كانت مما تؤكل وجب ذبحها ، وان كانت مما لا تؤكل لم يجب ذبحها ، فاذا قلنا : يجب ذبحها وكانت مأكولة فهل يحل أكلها ؟ فيه وجهان ، فاذا قلنا : يجب ذبحها فذبحت نظرت — فان كان الذى فعل بها مالكها فلا ضمان عليه كما لو أتلفها ، وان فعل بها غيره فهل يجب عليه ضمانها ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، أحدهما : لا يجب ضمانها ، وهو قول العراقيين من أصحابنا ، لأنه حيوان أتلف من غير جناية فعلى هذا ان كانت مما لا يؤكل وجب جميع قيمتها ، وان كانت مما يؤكل — فان قلنا لا يحل أكلها — وجب جميع قيمتها ، وان قلنا : يحل أكلها ، وجب ما بين قيمتها حية ومذبوحة ، وعلى من يجب ؟ فيه وجهان حكاهما أبو على الطبرى والمسعودى أحدهما : يجب فى بيت المال لأنها قتلت لمصلحته . والثانى : يجب على الفاعل بها وهو المشهور لأنه هو السبب فى اتلافها .

مســـألة اذا أقر من يجب عليه حد الزنا مرة واحدة أنه زنى ، وجب عليه الحد ، وبه قال مالك وأبو ثور والحسن البصرى وعثمان البتى وحماد بن أبى سليمان وروى ذلك عن أبى بكر الصديق وعمر الفـاروق رضى الله عنهما • وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى وأحمد واسحاق ابن راهويه لا يجب عليه الحـد حتى يقر أربع مرات ، فأما ابن أبى ليلى وأحمد رحمهما الله تعالى فقالا : اذا أقر أربع مرات فى مجلس واحد أو فى مجالس لزمه الحد ، وأما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا : لا يجب عليه حتى يقر أربع مرات فى أربع مجالس ، دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذى سأله : على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، والاعتراف يقع على المرة الواحدة ، فقد أخرج مسلم والدارقطنى وقال : هذا حديث صحيح عن سليمان بن بريدة عن أبيه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة من غامد من الأزد ، فقالت : يا رسول الله ، طهرنى ، فقال : ويحك ارجعى فاستغفرى الله وتوبى اليه ، فقالت : أراك تريد أن ترددنى كمـا رددت ماعز بن مالك ، قال : وما ذاك ؟ قالت : انى حبلى من الزنا ، قال : أنت ؟ قالت : نعم ، فقال لها : حتى تضعى ما فى بطنك ، قال : فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال : فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقـال : قد وضعت الغـامدية ، فقال : لا نرجمها وتدع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال : الى رضاعه يا نبى الله ، قال : فارجمهـا » وأخرج مسلم وأصحاب السنن الا ابن ماجه من حديث عمران بن حصين : « أن امرأة من جهينـة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وهى حبلى من الزنا فقالت : يا رسول الله أصبت حدا فأقمه على فدعا نبى الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال : أحسن اليها ، فاذا وضعت فأتنى ، ففعل ، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت ثم صلى عليها ، فقال له عمر : تصلى عليها يا رسول الله وقد زنت ؟ قال : لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله » •

وروى أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « من أصـاب من هـذه

القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ، فان من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد » والصفحة الاعتراف ، ولم يفرق •

فــــرع اذا أقر الأخرس أنه زنى وجب عليه الحد ، قال أبو حنيفة : لا يجب عليه الحد ، دليلنا أن من صح اقراره بغير الزنا صح اقراره بالزنا كالناطق •

فــــرع وان أقر رجل أنه زنى بامرأة وأنكرت وجب عليه الحد دونها ، وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه الحد ، وكذلك قال أبو يوسف قالا : لأنا صدقناها فى انكارها فصار محكوما بكذبه ، فلا يقام عليه حد • وقال أحمد وأصحابه بقولنا •

دليلنا ما روى أبو داود وغيره عن سهل بن سعد عن النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلا أتاه فأقر عنده أنه زنى بامرأة فسماها له ، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها ، ولأن انتفاء ثبوته فى حقها لا يبطل اقراره كما لو سكتت أو كما لو لم يسأل ، ولأن عموم الخبر يقتضى وجوب الحد عليه باعترافه ، وهو قول عمر اذا كان الحبل أو الاعتراف ، وقولهم : اننا صدقناها فى انكارها لا يصح ، فاننا لم نحكم بصدقها ، وانتفاء الحد انما كان لعدم المقتضى وهو الاقرار أو البينة ، لا لوجود التصديق ، بدليل ما لو سكتت أو لم تكمل البينة •

وقد ثبت من حديث : « واغد يا أنيس على امرأة هـذا فان اعترفت فارجمها » فلا يجوز أن يكون قد جلد الابن وغربه الا باقراره دون أبيه ، وعلق رجم المرأة على اعترافها •

فــــرع اذا أقر أنه زنى فرجع عن اقراره وقال : لم أزن قبل رجوعه ولم يحد ، وبه قال أبو حنيفة وهى احدى الروايتين عن مالك ، وقال أبو ثور : لا يقبل رجوعه ، وهى الرواية الأخرى عن مالك • وقال أحمد وأصحابه بقولنا ، أن من شرط اقامة الحد بالاقرار البقاء عليه الى تمامه ،

فان رجع عن اقراره أو هرب كف عنه ، وبهـذا قال عطاء ويحيى بن معمر والزهرى وحماد واسحاق ، وأما قول أبى حنيفة فقـد قال به أبو يوسف والحسن بن سعيد بن جبير وابن أبى ليلى ، قالوا : يقام عليه الحـد ولا يترك ، لأن ماعزا هرب فقتلوه ولم يتركوه • وروى أنه قال : « ردونى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قومى هم غرونى من نفسى ، وأخبرونى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غير قاتلى ، فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه » أخرجه أبو داود وغيره ، قالوا : لأنه لو قبل رجوعه للزمتهم ديته ، ولأنه حق وجب باقراره فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق ، وحكى عن الأوزاعى أنه ان رجع حد للفرية على نفسه ، وان رجع عن السرقة والشرب ضرب دون الحد ، هذا كلامهم •

دليلنا ما روى عن نعيم بن هزال أنه قال : « كان ماعز بن مالك يتيما فى حجر أبى فوقع على جارية من الحى ، وأخبر بذلك أبى فقال له : بادر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن ينزل فيك قرآن ، فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فاعترف بالزنا ، فأعرض عنه ثم اعترف فأعرض عنه ، ثم اعترف فأعرض عنه ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : الآن أقررت أربعا فبمن ؟ قال : بفلانة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لعلك لمست ، قال : لا قال • لعلك قبلت ؟ قال : لا قال : لعلك نظرت ، قال : لا ، قال : أنكتها ؟ قال : نعم فهل تدرى ما الزنا ؟ قال : نعم ، قال : كما يغيب المرود فى المكحلة ، والرشاء فى البئر ؟ قال : نعم أتيت منها حراما ما يأتى الرجل من امرأته حلالا ، قال : فما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تطهرنى ، فأمر به فرجم ، فلما أصابه حر الحجارة ، قال : ردونى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قومى غرونى ، فلما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : هلا تركتموه ؟ » رواه أحمد وابن ماجه والترمذى من حديث أبى هريرة • وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لهزاله : « هلا سترته بثوبك يا هزال ؟ » فموضع الدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم أعرض عنه ليرجع ، فلما لم يرجع عرض له بالرجوع ، ثم قال : هلا رددتموه ، وانما قال ذلك لعله يرجع ، فلو لم يقبل رجوعه لم يكن لذلك فائدة ، والمستحب أن يعرض للمقر بالزنا بالرجوع للخبر ، والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اقامة الحد

لا يقيم الحدود على الأحرار الا الامام او من فوض اليه الامام لأنه لم يقم حد على حر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه ، ولا فى أيام الخلفاء الا باذنهم ، ولأنه حق لله تعالى يفتقر الى الاجتهاد ، ولا يؤمن فى استيفائه الحيف ، فلم يجز بغير اذن الامام . ولا يلزم الامام أن يحضر اقامة الحد ، ولا ان يبتدىء بالرجم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم امر برجم جماعة ، ولم ينقل أنه حضر بنفسه ، ولأ انه رماهم بنفسه ، فان ثبت الحد على عبد باقراره ــ ومولاه حر مكلف عدل ــ فله ان يجلده فى الزنا والقذف والشرب لما روى على كرم الله وجهه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم)) وقال عبد الرحمن بن ابى ليلى : ((ادركت بقايا الأنصار وهم يضربون الوليدة من ولائدهم فى مجالسهم اذا زنت)) وهل له ان يغربه ؟ فيه وجهان احدهما : أنه لا يغرب الا الامام لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((اذا زنت امة احدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ، ولا يثرب عليها ، ثم اذا زنت فليجلدها الحد ، ولا يثرب عليها ، ثم اذا زنت فتبين زناها فليبعها ولو بحبل من شعر)) فامر بالجلد دون النفى والثانى وهو المذهب : ان له ان يغرب ، لحديث على كرم الله وجهه ، ولأن ابن عمر جلد امة له زنت ونفاها الى فدك ، ولأن من ملك الجلد ملك النفى كالامام ، وان ثبت عليه الحد بالبينة ففيه وجهان احدهما : انه يجوز ، لأنه يجوز ان يقيم عليه الحد ، وهو المذهب ، لأنا قد جعلناه فى حقه كالامام ، وكذلك فى اقامة الحد عليه بالبينة والثانى : انه لا يجوز ، لأنه يحتاج الى تزكية الشهود ، وذلك الى الحاكم ، فعلى هذا اذا ثبت عند الحاكم بالبينة جاز للسيد ان يقيم الحد من غير اذنه ، وهل له ان يقطعه فى السرقة ؟ فيه وجهان احدهما : انه لا يملك من جنس القطع ، ويملك من جنس الجلد وهو التعزير . والثانى : انه يملك وهو المنصوص فى البويطى لحديث على كرم الله وجهه ، ولأن ابن عمر قطع عبدا له سرق ، وقطعت عائشة رضى الله عنها امة لها سرقت . ولأنه حد فملك السيد اقامته على مملوكه كالجلد ، وله ان يقتله بالردة على قول من ملك اقامة الحد على العبد ، وعلى قول من منع القطع : يجب ان لا يجوز له القتل ، والصحيح ان حفصة رضى الله عنها قتلت امة لها سحرتها ، والقتل بالسحر لا يكون الا فى

كفر ، ولأنه حد فملك المولى اقامته على المملوك كسائر الحـدود ، وان كان المولى فاسقا ففيه وجهان احدهما انه يملك اقامة الحد لأنه ولاية تثبت بالملك ، فلم يمنع الفسق منها كتزويج الأمة . والثانى : انه لا يملكه لأنه ولاية فى اقامة الحد فمنع الفسق منها ، كولاية الحاكم . وان كانت امرأة فالمذهب انه يجوز لها اقامة الحد ، لأن الشافعى استدل بأن فاطمة عليها السلام جلدت أمة لها زنت ، وقال أبو على ابن ابى هريرة : لا يجوز لها لأنها ولاية على الغير فلا تملكها المرأة كولاية التزويج ، فعلى هذا فيمن يقيم وجهان احدهما : انه يقيمه وليها فى النكاح قياسا على تزويج أمتها ، والثانى : انه يقيمه الامام لأن الأصل فى اقامة الحد هو الامام ، فاذا سقطت ولاية المولى ثبت الأصـل ، وان كان للمولى مكاتب ففيه وجهان ذكرناهما فى الكتابة .

الشرح حديث على كرم الله وجهـه أخرجه مسلم وأبو داود وأحمد والبيهقى والحاكم ووهم فاستدركه ، ولفظـه : « أن خادما للنبى صلى الله عليه وسلم أحدثت فامرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أقيم عليها الحد ، فأتيتها فوجدتها لم تجف من دمها ، فأتيته فأخبرته فقال : اذا جفت من دمها فأقم عليها الحد ، أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » وفى لفظ عند أحمد قال : « أرسلنى رسـول الله صلى الله عليه وسلم الى أمة سوداء زنت لأجلدها الحد فوجدتها فى دمها ، فأتيت النبى صلى الله عليـه وسلم فأخبرته فقال لى : اذا تعالت من نفاسها فاجلدها خمسين » .

وحـديث أبى هريرة رضى الله عنه فى الصحيحين باللفظ الذى سـاقه المصنف ، ورواه أبو داود فى رواية وذكر فيه الرابعة : الحد والبيع ، وفى رواية عند الشيخين أيضا عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى قالا : سئل النبى صلى الله عليـه وسلم عن الأمة اذا زنت ولم تحصن قال : ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم بيعوها ، ولو بضفير ، قال ابن شهاب أبعد الثالثة ، أو الرابعة ؟ » .

وأثر عبد الرحمن بن أبى ليلى ــ وقد سميناه أثرا لتعلقه بعمل الأنصار الذين أدركهم ــ فقد أخرج مالك فى الموطأ عن عبد الله بن عيـاش بن أبى ربيعة المخزومى قال : « أمرنى عمر بن الخطاب فى فتيـة من قريش فجلدنا ولائد من ولائد الامارة خمسين خمسين فى الزنا » وأما استدلال الشافعى

رضى الله عنه بعمل فاطمة عليها السلام فانه صحيح ، اذ روى ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن دينار أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تجلد وليدتها اذا زنت خمسين » •

أما أثرا ابن عمر وعائشة فسيأتى الكلام عليهما فى السرقة ، والله المستعان •

أما اللغات فقوله : (الوليدة من ولائدهم) وليد من الولدان ، ووليدة من الولائد ، للصبى والصبية ، وغلام مولد ، وجارية مولدة ، ولدت عند العرب ونشأت مع أولادهم ، وتأدبت بآدابهم • ومن المجاز ولدوا حديثا وكلاما : استحدثوه • كلام مولد ، وتولدت العصبية فيما بينهم ، وأرض البلقاء تلد الزعفران ، قال الشاعر :

والليالى حبلى ليس يدرى ما تلد

ورأيت وليدة من ولائد فلان ، ووليدا من ولدانه ، يريد الجارية والغلام استوصفا قبل أن يحتلما • قوله : (ولا يثرب) والمصدر التثريب • وهو التعنيف ، ويوضح هذا المعنى المراد رواية النسائى التى فيها : « ولا يعنفها » وثرب عليه من باب ضرب : عتب ولام ، وثرب بالتشديد مبالغة وتكثير ، ومنه قوله تعالى : « لا تثريب عليكم اليوم (١) » وقال تبع :

فعوت عنهم عفو غير مثرب ‏ ‏ ‏ ‏ وتركتهم لعقاب يوم سرمد

قال النووى رحمه الله تعالى فى تهذيب الأسماء :

(زنى) قال الله تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة (٢) » وقال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا (٣) أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » يقال : ما الحكمة فى أن بدأ فى الزنا بالمرأة ، وفى

---

(١) الآية ٩٢ من سورة يوسف •
(٢) الآية ٢ من سورة النور •
(٣) الآية ٣٨ من سورة المائدة •

السرقة بالرجل ؟ وما الحكمة فى أن جعل حد السارق بعقوبة العضو الذى وقعت به الجنـاية وهو اليد وفى الزانى بغيره ؟ والجـواب عن الأول أن الزنى من المرأة أقبـح ، فانه يترتب عليـه تلطيخ فراش الرجل وفسـاد الأنساب ، ولأنه فى العادة يستقبح منها أكثر ، وتبالغ هى فى اخفائه أكثر من الرجل ، وغير ذلك من الأمور التى تقتضى زيادة قبحه منها على الرجل ، ولهذا كان تقديمها أهم ، وأما السرقة ، فالغـالب وقوعها من الرجال ، فقدموا لذلك .

وأما الحكمة الثانية ، فلأنه قطع يحصل به عقوبة محل الجناية من غير مفسدة ، وفى قطع الذكر مفسدة ، وهو ابطال النسل المندوب الى اكثاره ، ولأن القصد لزجر المحدود وغيره ، فاذا قطعت اليد ظهرت العقوبة وحصـل الزجر ، ولو قطع الذكر لم يدر به ولم يحصل قوله فى المهـذب : ولو قال للرجل : يا زانية بالهاء ، كان قذفا ، لأن الهاء قد تزاد للمبالغة كقولهم : علامة ، ونسابة ، هكذا قاله جماعة من أصحابنا ، وأنكره آخرون .

قال الرافعى : لم يرض امام الحرمين وآخرون هـذا . قالوا : وليس هذا مما يجرى فى القياس ، بل هو مسـموع ولا يصح أن يقال لمن يكثر القتل قاتلة ولا قتالة ، وانما دليل كونه قد قال به انه اذا حصلت الاشارة الى العين ، لم ينظر الى علامة التذكير والتأنيث كما لو قال لعبـده : أنت حرة ، لأنه لحن لا يمنع الفهم ، ولا يدفع العار .

اما الأحكام فانه متى وجب حد الزنا أو السرقة أو الشرب لم يجز استيفاؤه الا بأمر الامام أو بأمر من فوض اليه الامام النظر فى الأمر باقامة الحد ، لأن الحدود فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وفى زمن الخلفـاء الراشدين رضى الله عنهم لم تستوف الا باذنهم ، ولأن استيفاءها للامام ، فان تحاكم المتقاذفان الى رجل من الرعية يصلح أن يكون حكما فهل يصح حكمه فيه ؟ واستيفاؤه له ؟ فيه وجهان نذكرهما فى موضعهما ان شاء الله .

قوله (ولا يلزم الامام أن يحضر الخ) وهذا صحيح ، فان جملة ذلك

أنه يجوز للامام أن يحضر موضع الرجم ، ولا يلزمه الحضور ، وحكى أن أبا حنيفة ــ كما ذكر ذلك العمرانى ــ قال : يلزمه الحضور ؛ دليلنا أنه قد رجم فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم ماعز والغامدية والجهنية واليهوديان، ولم يرو أن النبى صلى الله عليه وسلم حضر رجم أحدهم ، وان ثبت الزنا بالبينة لم يلزم البينة حضور الرجم ، وان حضروا لم يلزمهم البداية بالرجم ، وكذلك إن حضر الامام لم يلزمه البداية بالرجم ؛ وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : يلزمهم الحضور ، ويلزمهم البداية بالرجم . ثم الامام ، ثم الناس • دليلنا أنه قد رجم جماعة زمن النبى صلى الله عليه وسلم ولم يرد أن النبى صلى الله عليه وسلم بدأ برجم أحدهم ؛ لأنه قتل بحق الله ، فلم يكن من شرطه أن يبدأ به الامام أو الشهود كالقتل •

فــــرع اذا وجب الحد على مملوك فللمولى أن يجعل اقامة ذلك الى الامام أو الى النائب عنه ، فان أراد أن يقيم ذلك بنفسه ــ فان كان حد الزنا والقذف والشرب وجب على المملوك باقراره ــ جاز للمولى اقامته ، وبه قال جماعة من الصحابة • ومن التابعين الحسن والنخعى وعلقمة والأسود ، ومن الفقهاء مالك وسفيان والأوزاعى ، وقال أبو حنيفه وأصحابه : لا يجوز للمولى أن يقيم الحد على مملوكه ، انما يجوز له تعزيره ، دليلنا ما سقناه من الأحاديث والآثار •

وهل للمولى أن يغرب مملوكه بالزنا ؟ ــ اذا قلنا يجب عليه التغريب ؟ ــ فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس ابن سريج : ليس له أن يغربه ، وانما يغربه الامام لأن الحديث لم يذكر التغريب : « اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد » ولم يذكر التغريب • *والثانى* وهو المذهب أن للمولى أن يغربه لقوله صلى الله عليه وسلم : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » والتغريب من الحد • وحكى الشيخ أبو حامد الاسفراينى أن من أصحابنا من قال : اذا جلده المولى غربه ، واذا جلده الامام غربه ، وان شهدت البينة على المملوك بما يوجب الحد فهل يملك المولى سماعها ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يملك ، لأن البينة تحتاج الى البحث عن العدالة ، وذلك أمر

يفتقر الى الاجتهاد فكان الى الحاكم ، والثانى : أن للمولى أن يسمع البينة بذلك ويقيم الحد ، وهو المذهب ، لأن من جاز له اقامة الحد جاز له سماع البينة فيه كالحاكم ، وأما البحث عن العدالة فيمكن المولى ذلك كالحاكم ، وهل للمولى أن يقيم الحد بعلمه ؟ سيأتى فى الأقضية من الجزء التاسع عشر ان شاء الله .

فـــرع المولى الذى يملك الحـد على مملوكه لا خلاف على المذهب اذا كان رجلا عاقلا بالغا مسلما حرا عدلا فله اقامة الحد على مملوكه لما ذكرناه ، وهل للوصى أن يقيم الحـد على رقيق الصغير ؟ فيه وجهـان حكاهما المسعودى بناء على أن له تزويج أمته وعبده وهل للفاسق الجاهل أن يقيم الحد ؟ فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق المروزى : ان كان المولى يقيم الحد بنفسه فيحتاج أن يكون عادلا عالما قويا له بطش ، وان وكل من يقيم له الحد فيحتاج أن يكون عادلا عالما قويا له بطش ، والثانى : يجوز أن يكون فاسقا جاهلا ــ وهو المنصوص فى القديم ــ لعموم الخطاب فى الحديث ، ولأنها ولاية بحق الملك فلم يمنع الفسق والجهل منها كولاية النكاح ، وهل للكافر أن يقيم الحـد على مملوكه ؟ فيه وجهـان حكاهما الخراسانيون ، وتعليلهما ما ذكرناه فى الفاسق ، وهل للمرأة أن تقيم الحد على مملوكها ؟ فيه وجهان أحدهما : ولى المرأة كما تزوج أمتها . والثانى : لا يملك الا الحاكم ، لأن ذلك يستفاد بالولاية العامة لولاية الملك . فاذا حصلت ولاية الملك فى ذلك بقيت الولاية العامة وهى ولاية الحاكم . وان كان المولى مكاتبا فهل له أن يقيم الحد على مملوكه ؟ فيه وجهان أحدهما : ليس له ذلك لأنه ليس من أهل الولاية ، والثانى : له لأنه مستفاد بالملك فملكه المولى كسائر التصرفات . وان كان عبدا بين شريكين لم يجز لأحدهما أن يقيم عليه الحد بغير اذن شريكه لأنه ليس له أن يتحكم فى ملك شريكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والمستحب أن يحضر اقامة الحد جماعة لقوله عز وجل : « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » والمستحب ان يكونوا اربعة لأن الحـد

يثبت بشهادتهم ، فان كان الحد هو الجلد وكان صحيحا قويا والزمان معتدل ، اقام الحد ولا يجوز تاخيره ، فان الفرض لا يجوز تأخيره من غير عذر ، ولا يجرد ولا يمد ، لما روى عن عبد الله بن مسعود انه قال . ((ليس فى هذه الأمة مد ، ولا تجريد ، ولا غل ولا صفد)) ويفرق الضرب على الأعضاء ، ويتوقى الوجه والمواضع المخوفة ، لما روى هنيدة بن خالد الكندى انه شهد عليا كرم الله وجهه أقام على رجل حدا وقال للجلاد : ((اضربه واعط كل عضو منه حقه ، واتق وجهه ومذاكيره)) وعن عمر انه اتى بجارية قد فجرت فقال : ((اذهبا بها واضرباها ، ولا تخرقا لها جلدا)) ولان القصد الردع دون القتل . وان كان الحر شديدا ، او كان مريضا مرضا يرجى برؤه ، أو كان مقطوعا ، أو اقيم عليه حد آخر ، ترك الى ان يعتدل الزمان ، ويبرأ من المرض أو القطع ، ويسكن ألم الحد لأنه اذا أقيم عليه الحد فى هذه الاحوال أعان على قتله ، وان كان نضو الخلق لا يطيق الضرب . أو مريضا لا يرجى برؤه ، جمع مائة شمراخ فضرب به دفعة واحدة ، لما روى سهل ابن حنيف أنه اخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الانصار : ((أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فدخلت عليه جارية لبعضهم فوقع عليها ، فلما دخل عليه رجال من قومه يعودونه ذكر لهم ذلك . وقال : استفتوا لى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا : ما رأينا بأحد من الضر مثل الذى هو به ، لو حملناه اليك يا رسول الله لتفسخت عظامه ، ما هو الا جلد على عظم ، فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة ، لأنه لا يمكن ضربه بالسوط لأنه يتلف به ، ولا يمكن تركه لأنه يؤدى الى تعطيل الحد قال الشافعى رحمه الله : ولأنه اذا كانت الصلاة تختلف باختلاف حاله فالحد بذلك أولى ، وان وجب الحد على امرأة حامل لم يقم عليها الحد حتى تضع ، وقد بيناه فى القصاص .

فصـــل وان اقيم الحد فى الحال التى لا يجوز فيها اقامته فهلك منه لم يضمن ، لأن الحق قتله ، وان أقيم فى الحال التى لا يجوز اقامته ــ فان كانت حاملا فتلف منه الجنين ــ وجب الضمان ، لانه مضمون فلا يسقط ضمانه بجناية غيره ، وان تلف المحدود فقد قال : ((اذا أقيم الحد فى شدة حر او برد فهلك لا ضمان عليه)) وقال فى الأم : ((اذا ختن فى شدة حر أو برد فتلف وجبت على عاقلته الدية)) فمن اصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى ، وجعلها على قولين ، احدهما : لا يجب لأنه هلك من حد . والثانى : انه يجب لأنه مفرط ومنهم من قال : لا يجب الضمان فى الحد لأنه منصوص عليه ، ويجب فى الختان لأنه ثبت بالاجتهاد . وان قلنا : انه يضمن ففى القدر الذى يضمن وجهان ، احدهما : انه يضمن جميع الدية

لأنه مفرط . والثانى ، أنه يضمن نصف الدية لأنه مات من واجب ومحظور فسقط النصف ووجب النصف .

الشرح روى أبو داود من حيث أبى أمامة بن سهل بن حنيف عن بعض الصحابة من الأنصار الحديث الذى ساقه المصنف فى الفصل وروى معناه ابن ماجه وأحمد ولكن قالا : عن أبى أمامة بن سهل عن سعيد ابن سعد بن عبادة قال : « بين أبياتنا رويجل ضعيف محدج ، فلم يرع الحى الا وهو على أمة من امائهم يخبث بها ، فذكر ذلك سعد بن عبادة للنبى صلى الله عليه وسلم وكان ذلك الرجل مسلما فقال : اضربوه حده ، قالوا : يا رسول الله انه أضعف مما تحسب ، لو ضربناه مائة قتلناه ، فقال : خذوا له عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه به ضربة واحدة ، قال : ففعلوا » وأخرجه الشافعى والبيهقى وقال : هذا هو المحفوظ عن أبى أمامة مرسلا . ورواه الدارقطنى عن فليح عن أبى سالم عن سهل بن سعد قال : وهم فليح والصواب عن أبى حازم عن أبى أمامة بن سهل بن حنيف عن أبيه ، وهى رواية المصنف هكذا مضافة الى سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم . ورواه الطبرانى من حديث ابى أمامة عن أبى سعيد الخدرى ورواه أبو داود من حديث الزهرى عن أبى أمامة عن رجل من الأنصار ولفظه : « أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فعاد جلدة على عظم ، فدخلت عليه جارية فهش لها فوقع عليها ، فلما أتى عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك وقال : استفتوا لى رسول الله صلى الله عليه وسلم فانى قد وقعت على جارية دخلت على ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا : ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذى هو به ، لو حملناه اليك لتفسخت عظامه ، ما هو الا جلد على عظم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا له مائة شمراخ فيضربوه ضربة واحدة » وأخرجه النسائى من طريق أبى أمامة بن سهل بن حنيف عن أبيه باللفظ الذى أخرجه أبو داود وقد أعله الشوكانى بأن فى اسناده عبد الأعلى بن عامر الثعلبى . قال المنذرى : لا يحتج به ، وهو كوفى . وقال ابن حجر فى التقريب : صدوق يهم . وقال فى بلوغ المراد : اسناد هذا الحديث حسن ولكنه اختلف فى وصله وارساله .

أما هنيدة بن خالد الكندى ويقال : النخعى قال ابن حجر فى التقريب : ربيب عمر رضى الله عنه ، وذكره ابن حبان فى الصحابة ، وذكره فى الطبقة الثانية من التابعين . وقال ابن عبد البر فى الاستيعاب : هنيدة بن خالد الخزاعى له صحبة ، روى عنه أبو اسحاق السبيعى ، قاله الطبرى . وقال الخزرجى فى التذهيب : روى عن على وروى عنه عدى بن ثابت وأبو اسحاق ، وثقه ابن حبان أ هـ .

اما اللغات فالأحرف : « مد . تجريد . غل . صفد نضو . شمراخ ، المد : الشد والجذب . قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : لغل بالفتح شد العنق بحبل أو غيره والغل بالضم الحبل ، والصفد باسكان الفاء مصدر صفده بالحديد يصفده يخفف ويشدد . والصفد بالتحريك : القيد وهو الغل فى العنق أيضا ، وجمعه أيضا أصفاد وصفد ، قال تعالى : « مقرنين فى الأصفاد [1] » والنضو : المهزول ، وقد أنضاه السفر : هزله . والشمراخ واحد الشماريخ وهو العثكال الذى يكون عليه البسر والرطب ، والعامة تقول : (شمروخ) .

اما الأحكام فالمستحب للامام اذا أراد أن يقيم الحد أن يحضره طائفة من المسلمين يشهدون اقامته لقوله تعالى : « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين [2] » واختلف الناس فى عددهم ، فمذهبنا أن الطائفة ها هنا أربعة ، وذهب ابن عباس الى أن الطائفة ها هنا واحد فما فوقه ، وذهب عطاء وأحمد الى أن الطائفة ها هنا اثنان فما فوقهما ، وذهب الزهرى الى أنها ثلاثة ، وذهب ربيعة الا أنها خمسة ، وذهب الحسن البصرى الى أنها ها هنا عشرة . وذهب مالك كمذهبنا الى أنها ها هنا أربعة ووجه القائلين بواحد أنهم أرادوا واحدا مع الذى يقيم الحد ، لأن الذى يقيم الحد حاصل ضرورة ، فيتعين صرف الأمر الى غيره ، ووجه القائلين بالاثنين فما فوقهما أن الطائفة اسم لما زاد على الواحد وأقله اثنان . ووجه القائلين بالثلاثة فما

---

(١) الآية ٤٩ من سورة ابراهيم .
(٢) الآية ٥ من سورة المؤمنون .

فوق ، لأن الطائفة جماعة ، وأقل الجمع ثلاثة ، دليلنا أن الأربعة هو العدد الذى يثبت به الزنا ، فوجب أن يكونوا هم الذين يحضرون اقامة الحد • قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : قال الشافعى رحمه الله تعالى : جعل الله الطائفة ها هنا أربعة فأكثر ، وفى صلاة الخوف ثلاثة ، وفى قوله تعالى : « فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم [1] » الآية واحد فأكثر •

مسألة اذا كان المحدود بكرا نظرت فيه — فان كان قويا صحيحا والزمان معتدل الحر والبرد — فانه يجلد ، ولا يجرد ولا يمد • وقال أبو حنيفة : يجرد عن الثياب • دليلنا ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : « ليس فى هذه الأمة مد ولا تجريد ، ولا غل ، ولا صفد » ولا مخالف له فى الصحابة ، ويفرق الضرب على أعضائه ، ويتوقى الوجه والمذاكير ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا ضرب أحدكم فليتوق الوجه » ولقول على كرم الله وجهه للجلاد : « اضربه وأعط كل عضو منه حقه واتق وجهه ومذاكره » وروى ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما ، ولأن الوجه يتبين فيه اليسير ، والمذاكير مقتل • وهل يتوقى الرأس ؟ فيه وجهان ، أحدهما وهو قول الماسرجسى واختيار ابن الصباغ أنه يتوفاه لأنه مقتل ويخاف فيه العمى وزوال العقل ، وكذلك الخاصرة مثله • والثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يتوقى الرأس لما روى عن أبى بكر رضى الله عنه وأرضاه أنه قال للجلاد : اضرب الرأس فان الشيطان فيه • ولأنه يكون مغطى فى العادة فلا يخاف تشويهه ، ولأن ضربه بالسوط ، فلا يخاف فيه منه الموت ويضرب بسوط بين سوطين ، فليس هو بالحديد فيجرح ، ولا خلق فلا يؤلم ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « أراد أن يجلد رجلا فأتى بسوط خلق فقال : فوق هذا فأتى بسوط حديد فقال بين هذين ، فأتى بسوط قد لان فضرب به » •

---

(١) الآية ١٢٢ من سورة التوبة •

ويضرب ضربا بين ضربين ، فلا يرفع الجلاد يده حتى يرى بياض ابطه ، ولا يضعها وضعا يسيرا ، ولكن يرفع ذراعه ويضرب ٠ ولأنه اذا رفع يده حتى يرى بياض ابطه وقع الضرب شديدا ، وربما جرحه ، واذا وضع يده وضعا يسيرا لم يحصل به ألم ٠ ويضرب الرجل قائما ويترك له يده يتقى بها ، ولا يقيد ولا يمد ، ولا يجرد عن ثيابه ، بل يترك عليه قميص أو قمصان ، ولا يترك عليه جبة محشوة ولا فروة ، لأنه يمنع من وصول الألم اليه ٠

وتجلد المرأة جالسة ، ولأن ذلك أستر لها ، وتشد عليها امرأة ثيابها فى حال الضرب لئلا ينكشف بدنها . وتضرب ضربا بين ضربين لما رويناه على ، وروى أن جارية أقرت عند عمر أنها زنت فقالت : « أذهبت الجارية حسنها وجمالها ثم قال للرجلين اضرباها ولا تخرقا لها جلدا » فان كان البكر مريضا أو مقطوعا أو محدودا أخر جلده حتى يبرأ من مرضه وقطعه ، ويسكن ألم جلده الأول ، وكذلك ان كان الزمان شديد الحر والبرد أخر جلده حتى يعتدل الزمان ، لأن المقصود من جلده النكال والردع لا القتل ، فلو جلدناه فى كل هذه الأحوال لم يؤمن أن يموت من ذلك ٠ وان كان نضو الخلق لا من علة ، لكنه نحيف البدن ، أو كان به مرض لا يرجى زواله كالمسلول والزمن ، فانه لا يحد حد الأقوياء ، ولكن يضرب بعثكال النخل ٠ وهو عرجونه فيؤتى بعرجون فيه مائة شمراخ فيضرب بها دفعة واحدة ، أو يضرب بأطراف الثياب والنعال ٠ وقال مالك : لا يضرب الا بالسوط مائة مفرقة ، فان لم يكن أخر ٠ وقال أبو حنيفة : يجمع مائة سوط ويضرب بها دفعة واحدة ٠ دليلنا ما روى أبو داود باسناده عن أبى أمامة عن أبيه سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الأنصار انه اشتكى رجل منهم حتى أضنى فعاد جلدة على عظم ، فدخلت عليه جارية لبعضهم فهش لها ، وساق حديث المصنف ، وهذا نص فى موضع الخلاف ؛ ولأنه لا يمكن ضربه بالسوط لأنه يؤدى الى تلفه ، ولا يمكن تركه لأنه يؤدى الى تعطيل الحدود ٠ فان سرق نضو الخلق أو المريض الذى لا يرجى زوال مرضه فهل يقطع ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يقطع ، لأنه ليس المقصود

منه القتل ، فلما لم يجز جلده بالسوط لم يجز قطعه • والثانى : يقطع وهو المذهب لأننا لا يمكننا أن نقطعه قطعا لا يخاف منه ، اذ كل القطع يخاف منه السراية فتركه يؤدى الى اسقاط الحد بخلاف الجلد •

فـــرع وان وجب الجلد على امرأة وهى حبلى لم تجلد حتى تضع لأن جلدها ربما كان سببا لتلف ولدها ، وربما كان سبباً لتلفها لأنها تضعف بالحمل ، وكذلك اذا ولدت لم يجز ضربها ما دامت نفساء ، لأن خروج الدم منها يضعفها فهى كالمريضة •

اذا ثبت هذا فكل موضع قلنا : يجوز فيه اقامة الحد فأقيم الحد فمات المحدود ، لم يجب ضمانه ، لأن الحق قتله ، وكل موضع قلنا : لا يجوز أقامة الحد فيه فأقام الامام فيه — فان كانت المرأة حاملا وتلف حملها — وجب على الامام ضمانه ، لأنه متعد بذلك ، فان لم يعلم الامام بكونها حاملا ، فهل يجب ضمانه ؟ فى ماله أو فى بيت المال ؟ فيه قولان مضى توجيههما فى كتاب الضمان من الجزء الثالث عشر ، وان علم الامام بكونها حاملا ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : يجب ضمانه فى ماله قولا واحدا ، لأن بيت المال انما يحمل خطأ الامام ، وهذا عمد ، ومنهم من قال : فيه قولان ، وهو الأصح ، لأن اتلاف الجنين لا يتأتى فيه العمد المحض ، وانما يتلف بعمد الخطأ ، وان تلف المحدود فقد نص الشافعى رحمه الله على أن الامام اذا أقام الحد على رجل فى شدة حر أو برد فمات المحدود لا يجب ضمانه ، ونص الشافعى رضى الله عنه أنه اذا أمر الخاتن فختن فى شدة الحر أو البرد فمات المختون وجب ضمانه ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى ، وخرجهما على قولين ، أحدهما : لا يجب عليه ضمانه لأنه تلف بما هو مستحق عليه ، والثانى : يجب عليه ضمانه ، لأنه تعدى بذلك ، ومنهم من قال : لا يجب عليه ضمان المحدود لأن الحد منصوص عليه ، ويجب عليه ضمان المختون ، لأن الختان مجتهد فيه ، فاذا قلنا : يجب الضمان فكم يجب ؟ فيه وجهان ، أحدهما : يجب جميع الدية ، لأنه مفرط ، والثانى : لا يجب الا نصف الدية ، لأنه مات من واجب

ومحظور ، وفى محل الوجوب قولان أحدهما : فى ماله ، والثانى : فى بيت المـال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وجب التغريب نفى الى مسافة يقصر فيها الصلاة لأن ما دون ذلك فى حكم الموضع الذى كان فيه من المنع من القصر والفطر والمسح على الخف ثلاثة أيام ، فان رجع قبل انقضاء المدة رد الى الموضع الذى نفى اليه ، فان انقضت المدة فهو بالخيار بين الاقامة وبين العود الى موضعه . وان رأى الامام أن ينفيه الى أبعد من المسافة التى يقصر فيها الصلاة كان له ذلك ، لأن عمر رضى الله عنه غرب الى الشام ، وغرب عثمان رضى الله عنه الى مصر وان رأى أن يزيد على سنة لم يجز ، لأن السنة منصوص عليها ، والمسافة مجتهد فيها ، وحكى عن أبى على ابن أبى هريرة انه قال يغرب الى حيث ينطلق عليه اسم الغربة ، وان كان دون ما تقصر اليه الصلاة لأن القصد تعذيبه بالغربة ، وذلك يحصل بدون ما تقصر اليه الصلاة ، ولا تغرب المرأة الا فى صحبة ذى رحم محرم ، أو امرأة ثقة فى صحبة مامونة . وان لم تجد ذا رحم محرم ولا امراة ثقة ، تتطوع بالخروج معها استؤجر من يخرج معها ، ومن اين يستاجر ؟ فيه وجهان ، من أصحابنا من قال : يستأجر من مالها لأنه حق عليها ، فكانت مؤنته عليها ، وان لم يكن لها مال استؤجر من بيت المال . ومن اصحابنا من قال : يستأجر من بيت المال ، لأنه حق لله عز وجل ، فكانت مؤنته من بيت المال ، فان لم يكن فى بيت المال ما يستاجر به استؤجر من مالها .

فصـــل وان كان الحد رجما ــ وكان صحيحا والزمان معتدل ــ رجم لأن الحد لا يجوز تأخيره من غير عذر ، وان كان مريضا مرضا يرجى زواله او الزمان مسرف الحر أو البرد ، ففيه وجهان احدهما : انه لا يؤجل رجمه لأن القصد قتله فلا يمنع الحر والبرد والمرض منه . والثانى : انه لا يؤخر لأنه ربما رجع فى خلال الرجم وقد أثر فى جسمه الرجم ، فيعين الحر والبرد والمرض على قتله ، وان كان امرأة حاملا لم ترجم حتى تضع لأنه يتلف به الجنين .

فصـــل فان كان المرجوم رجلا لم يحفر له ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ، ولأنه ليس بعورة . وان كان امراة حفر لها لما روى بريدة قال : « جاءت امراة من غامد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

فاعترفت بالزنا فامر فحفر لهـا الى صـدرها ثم امر برجمهـا » لان ذلك استر لها .

فصـــل **وان هرب المرجـوم من الرجم ـ فان كان الحـد ثبت بالبينة ـ اتبع ورجم ، لانه لا سبيل الى تركه ، وان ثبت بالاقرار لم يتبع لما روى أبو سعيد الخدرى قال : « جاء ماعز الى رسول الله صلى الله عليـه وسلم فقال : ان الأخر زنى . وذكر الى أن قال : اذهبوا بهذا فارجموه فأتينا به مكانا قليل الحجارة ، فلما رميناه اشتد من بين أيدينا يسعى فتبعنـاه ، فأتى بنا حرة كثيرة الحجارة فقام ونصب نفسه ، فرميناه حتى قتلناه ، ثم اجتمعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سبحان الله فهلا خليتم عنه حين سعى من بين أيديكم » وان وقف وأقام على الاقرار رجم ، وان رجع عن الاقرار لم يرجم ، لأن رجوعه مقبول ، وبالله التوفيق .**

الشرح حديث أبى سـعيد الخدرى أخرجه أبو داود عن أبى كامل شيخ أبى داود ثنا يزيد ـ يعنى ابن زريع ـ وثنـا أحمد بن منيع عن يحيى بن زكريا ، وهذا لفظه عن داود عن أبى نضرة عن أبى سعيد قال : « لما أمر النبى صلى الله عليه وسلم برجم ماعز بن مالك خرجنا الى البقيع ، فوالله ما أوثقناه ولا حفرنا له ، ولكنه قام لنا ، قال أبو كامل : قال : فرميناه بالعظام والمدر والخزف ، فاشتد واشتددنا خلفه حتى أتى عرض الحرة ، فانتصب لنا فرميناه بجلاميد الحرة حتى سكت ، فما استغفر له ولا سبه » .

أما اللغات قوله : (والزمان معتدل) الزمان والزمن اسم القليل من الوقت وكثيره وقال أبو الهيثم : الزمان زمان الرطب والفاكهة وزمان الحر والبرد ، قال : ويكون الزمان شهرين الى ستة أشهر وقوله : (الأخر) الألف المهموزة غير ممدودة ، بعدها خاء مكسورة بمعنى الأبعد ، ويقال فى الشتم : أبعد الله الأخر : وقال فى التلويح : أى الغائب البعيد المتأخر ، ويقال هذا عند شتم الانسان من يخاطبه كأنه نزهه بذلك أفاده ابن بطال ، والحرة نتوء بركانى ينجم عنه تناثر الأحجار والصخور مع كثرتها ولأنها بقايا براكين فانها تكون سودا نخرة ، وجمع الحرة حرار وحرات وأحرون جمع أحرة ، وحرين جمع حرة والواو والنون زائدتان .

اما الأحكام فانه يغرب البكر سنة مع الجلد ، وفى العبد قولان ، وقد مضى الدليل عليه ، ولا يجوز الزيادة على السنة للخبر ، وأقل مسافة التغريب ما تقصر به الصلاة ، وقال أبو على ابن أبى هريرة : يكفى التغريب الى دون مسافة القصر ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « تغريب عام » ولم يفرق ، والمذهب الأول ، لأن ما دون مسافة القصر فى حكم بلد الاقامة • وان رأى الامام أن يغرب الى مسافة أكثر من مسافة القصر جاز ، لأن عمر رضى الله عنه غرب من المدينة الى الشام ، وغرب عثمان رضى الله عنه منها الى مصر ، وان كان الزانى غريبا فى البلد الذى زنى فيه لم يمتنع بالاقامة فى تلك البلدة ، بل يخرج منها الى بلد تقصر اليه الصلاة من البلد الذى زنى فيه ، وان أراد ان يرجع الى وطنه وبينهما مسافة القصر أو أكثر منع من ذلك ، لأن القصد بالتغريب تعذيبه ، وذلك لا يحصل برجوعه الى وطنه • وهل يجزى التغريب سنه مفرقة ؟ يحتمل أن يكون على وجهين كتعريف اللقطة سنة مفرقة ، فاذا انقضت السنة كان بالخيار بين أن يرجع الى وطنه وبين أن لا يرجع لأن الواجب قد حصل •

فـــرع وهل تغرب المرأة وحدها ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، أحدهما : تغرب وحدها لأنه سفر واجب فهو كالهجرة • والثانى : لا تغرب وحدها ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تسافر المرأة الا ومعها زوجها أو ذو محرم » فاذا قلنا بهذا فهل تجب على ذى رحمها أن يسافر معها ؟ فيه وجهان ، قال أكثر أصحابنا : لا يلزمه السفر معها ، لأن السفر وجب عليها فلم يجب على ذى رحمها ، كما قلنا فى سفرها للحج ، وقال أبو العباس : يلزمه الخروج معها ، ولا يمتنع على الانسان قطع مسافة لأجل الغير ، كما لو أمر الامام قوما فى الغزو ــ وكان على طريقهم عدو يخافونه ــ فان على الامام أن يبعث معهم جيشا ليجوزوا بهم على ذلك العدو ، والأول أصح ، فعلى هذا ان تطوع ذو رحمها بالخروج معها أو لم يتطوع ــ ولكن وجدت امرأة ثقة فتطوعت بالخروج معها وكان الطريق آمنا ــ لزمها السفر لذلك ، وان لم يتطوع ذو رحمها بالخروج ، ولا وجدت امرأة ثقة تتطوع بالخروج معها فى طريق مأمون ، فانه يستأجر ذو رحمها

امرأة لتخرج معها ، ومن أين يستأجر ؟ فيه وجهان ، أحدهما : من مالها ، لأن ذلك واجب عليها ، فان لم يكن لها مال ، كانت من بيت المال ، لأن فى ذلك مصلحة ، والثانى : يستأجر من بيت المال ، لأنه حق لله فكانت مؤنته من بيت المال ، فان لم يكن فيه شيء أو كان ولكنه يحتاج اليه لما هو أهم من ذلك ،كان فى مالها ، لأنه واجب عليها •

مسألة وان كان الزانى ثيبا نظر فيه ــ فان كان صحيحا قويا ، والزمان معتدل الحر والبرد ــ رجم ، وان كان مريضا أو فى شدة حر أو برد ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال ابن الصباغ : ان ثبت زناه بالبينة رجم ، وان ثبت باقراره فيه وجهان ، أحدهما : يؤخر رجمه الى أن يبرأ مرضه ، ويعتدل الزمان ، لأنه لا يؤمن أن يرجع عن اقراره بعد أن رجم بعض الرجم ، فيؤدى ذلك مع المرض أو شدة الحر والبرد الى تلفه • والثانى : يرجم ولا يؤخر ، لأن الزنا قد ثبت عليه ووجب رجمه فلم يؤخر كما لو ثبت زناه بالبينة ، وما ذكره فى الأول يبطل بالزنا اذا ثبت بالبينة أنه يجوز أن يرجع الشهود بعد أن رجم بعض الرجم فيسقط عنه الرجم ، ومع هذا لا يؤخر الرجم ، وقال الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب : هل يؤخر الرجم مع المرض أو شدة الحر أو البرد ؟ فيه وجهان ، ولم يفرق بين أن يثبت الزنا بالبينة أو بالاقرار ، الا أن تعليله يدل على أنه أراد اذا ثبت الزنا بالاقرار أنه يؤخر ، قال : لأنه ربما رجع عن اقراره فى حال الرجم • وقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : ان كان مريضا فان الرجم يؤخر بكل حال سواء كان يرجى زواله أو مما لا يرجى زواله ، وان كان فى شدة الحر أو البرد ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يرجم فى الحال ، والثانى : ان ثبت بالاقرار لم يرجم ، وان ثبت بالبينة رجم ، دليلهما قد مضى • والثالث : ان ثبت زناه بالبينة أخر رجمه ، وان ثبت بالاقرار رجم ، لأنه هتك نفسه باقراره ، والأول أصح •

فرع واذا أريد رجم الزانى نظرت ــ فان كان رجلا ــ لم يحفر له سواء ثبت زناه بالبينة أو بالاقرار ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم

امرأة ــ فهل يحفر لها ؟ ــ اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد : ان ثبت زناها بالبينة حفر لها ، لأنها عورة ، وان ثبت زناها باقرارها لم يحفر لها ، لأنها ربما هربت فيكون رجوعا ، ولا يمكنها ذلك • وقال القاضى أبو حامد المروروذى : ان ثبت زناها بالبينة فهو بالخيار بين أن يحفر لها ولا يحفر لها ، وان ثبت باقرارها لم يحفر لها • وقال القاضى أبو الطيب : هو بالخيار بين أن يحفر لها أو لا يحفر لها سواء ثبت زناها بالبينة أو بالاقرار ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية الى ثديها ولم يحفر للجهنية • وكان قد ثبت زناها بالاقرار • وقال المصنف : يحفر للمرأة ، ولم يفرق بين ان ثبت بالاقرار أو بدونه لأن ذلك أستر لها •

فـــرع وان وجب الرجم على امرأة حبلى لم ترجم حتى تضع ، لما ذكرناه فى الغامدية والجهنية ، وروى أن عمر رضى الله عنه أراد أن يرجم امرأة حاملا ، فقال له معاذ رضى الله عنه : ان كان لك سبيل عليها فلا سبيل لك على ما فى جوفها ، فتركها • وان وجد للولد من يرضعه رجمت بعد ما تسقيه الأم اللبا ، لأنه لا يعيش الا بذلك • وان لم يوجد له من يرضعه لم ترجم حتى تفطمه لما ذكرناه فى حديث الغامدية •

فـــرع وان هرب المرجوم فى حال الرجم نظرت ــ فان ثبت زناه بالبينة ــ اتبع ورجم الى أن يموت لأنه لا سبيل الى تركه ، وان ثبت زناه باقراره لم يتبع لما روى أن ماعز بن مالك لما وجد ألم الحجارة فر بين أيديهم ، فتتبعوه ورجموه حتى مات ، ثم ذكروا ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « هلا خليتموه حين سعى بين أيديكم » ولأنه لو رجع عن اقراره لقبل رجوعه ، فكان الظاهر من حاله لما هرب منهم أنه رجع عن اقراره ، فان هرب ولم يصرح بالرجوع وتبعوه ورجموه حتى قتلوه لم يجب عليهم ضمانه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يوجب عليهم ضمان ماعز ، ولأن هربه يحتمل الرجوع وغيره ، فلم يجب عليهم الضمان بالشك •

فـــرع ويغسل المرجوم ويصلى عليه ان كان مسـلما ، وقال مالك : لا يصلى عليه • دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بالغامدية فرجمت وصلى عليها ودفنت ، وأمرهم أن يصلوا على الجهنية فقال عمر رضى الله عنه : نصلى عليها وقد زنت ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لقـد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت شيئا أفضل من أنها جادت بنفسها لله تعالى » • وقال ابن قدامة فى المغنى من كتب الحنابلة : لا خلاف فى تغسيلهما ودفنهما ، وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما • قال الامام أحمد : سئل على رضى الله عنه عن شراحة وكان رجمها فقال : اصنعوا بها كمـا تصنعون بموتاكم ، وصلى عليها • وقال مالك : من قتله الامام فى حد لا نصلى عليه ، لأن جابرا قال فى حديث ماعز : « فرجم حتى مات فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : خيرا ولم يصـل عليه » • متفق عليه • ا هـ •

دليلنا ما سقناه من حديث الصلاة على الجهنية وهو ثابت من حديث عمران بن حصين عند أبى داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح •

فـــرع ويكره اقامة الحـد فى المسجد ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال ابن أبى ليلى : لا يكره • دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يستقاد فى المسجد كما مضى تخريج ذلك فى الجنايات ، كما نهى أن تنشد فيه الأشعار أو تقام فيه الحدود • فان أقيم الحد فى المسجد سقط الفرض ، لأن النهى يعود الى المسجد لا الى الحـد ، فسقط به الفرض كالصلاة فى دار مغصوبة والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد القذف

القذف محرم ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا : يا رسول الله وما هن ؟ قال : الشرك بالله عز وجل ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات)) .

فصـــل اذا قذف بالغ عاقل مختار مسلم أو - كافر التزم حقوق المسلمين من مرتد أو ذمى أو معاهد - محصـــنا ليس بولد له بوطء يوجب الحد : وجب عليه الحد ، فان كان حرا جلد ثمانين جلدة ، لقوله تعـالى : ((والذين (١) يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمـانين جلدة)) وان كان مملوكا جلد أربعين لما روى يحيى بن سعيد الانصارى قال : ((ضرب أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مملوكا افترى على حر ثمـانين جلدة ، فبلغ ذلك عبد الله بن عامر بن ربيعة فقال : أدركت النـاس من زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه والى اليوم فما رأيت أحدا ضرب المملوك المفترى على الحر ثمانين قبل أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم)) وروى خلاس أن عليا كرم الله وجهه قال فى عبد قذف حرا نصف الحد ، ولأنه حد يتبعض فكان المملوك على النصف من الحر كحد الزنا .

فصـــل وان قذف غير محصن لم يجب عليه الحـد لقوله عز وجل : ((والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)) فدل على أنه اذا قـذف غير محصن لم يجلد ، والمحصن الذى يجب الحد بقذفه من الرجال والنساء من اجتمع فيه البلوغ ، والعقل ، والاسلام ، والحرية ، والعفة عن الزنا . فان قذف صغيرا ، أو مجنونا ، لم يجب به عليه الحد ، لأن ما يرمى به الصغير والمجنون لو تحقق لم يجب به الحد ، فلم يجب الحد على القاذف ، كما لو قذف بالغا عاقلا بما دون الوطء . وان قذف كافرا لم يجب عليه الحد ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليـه

---

(١) الآية ٤ من سورة النور .

وسلم قال : « من أشرك بالله فليس بمحصن » وان قـذف مملوكا لم يجب عليه الحد ، لأن نقص الرق يمنع كمال الحد فيمنع وجوب الحد على قاذفه ، وان قذف زانيا لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » فأسقط الحد عنه اذا ثبت انه زنى ، فدل على انه اذا قذفه وهو زان لم يجب عليه الحد ، وان قذف من وطىء فى غير ملك وطئا محرما لا يجب به الحد ، كمن وطىء امرأة ظنهـا زوجته أو وطىء فى نكاح مختلف فى صحته ، ففيه وجهـان ، أحدهما : انه لا يجب عليه الحد ، لأنه وطء محرم لم يصادف ملكا فسقط به الاحصـان كالزنا . والثانى : انه يجب لأنه وطئه لا يجب به الحد فلم يسقط به الاحصان كما لو وطىء زوجته وهى حائض .

الشرح قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » قال سعيد بن جبير سببها ما قيل فى عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها . وقيل : بل نزلت بسبب القذفة عاما لا فى تلك النازلة . وقال ابن المنذر : لم نجد فى أخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم خبرا يدل على تصريح القذف ، وظاهر كتاب الله تعالى مستغنى به ، دالا على القذف الذى يوجب الحد ، وأهل العلم على ذلك مجمعون . هكذا أفاده القرطبى .

أما حديث أبى هريرة فقد مضى فى غير موضع وهو متفق عليه . وحديث ابن عمر أخرجه البيهقى ورواية ابن عمران : « فليس بمحصن » بالبنـاء للمجهول ، وفى رواية عند البيهقى أيضـا : « لا يحصن أهل الشرك بالله شيئا » فيكون مقتضاها أنهم لا يحصنون بالفاعلية ويشهد لرواية البيهقى الأخيرة قصة كعب بن مالك حين أراد أن يتزوج كتابية فنهاه النبى صلى الله عليه وسلم قائلا : « انها لا تحصنك » ويشـهد لذلك أيضـا قراءة والمحصنات بكسر الصاد كما سيأتى فى اللغات .

أما خبر يحيى بن سعيد الأنصارى فعند البيهقى ، وقد رواه مالك فى الموطأ عن عبد الله بن ربيعة قال : « أدركت أبا بكر وعمر وعثمـان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم يضربون المملوك اذا قذف الا أربعين سوطا » .

اما اللغات فقوله تعـالى : « والذين يرمون » يعنى يسـبون ، واستعير له اسم الرمى لأنه اذاية بالقول ، قال النابغة :

وجرح اللسان كجرح اليد

وقال غيره :

رماني بأمر كنت منـه ووالدى بريئا ومن أجل الطوى رماني

وكما سمى الرمى بالحجارة قذفا كذلك سمى الرمى بالقول قذفا ، وفى حديث الملاعنة : « ان ابن أمية قذف امرأته بشريك بن السمحاء ؛ أى رماها » .

(والمحصنات) بكسر الصاد وفتحها قراءتان للجمهور وقد مضى لنـا تفصيل ذلك فى أول كتاب الحدود وفى كتاب النكاح قبله . وقوله : (افترى على جر) أى كذب وقال تعالى : « لا تفتروا على الله كذبا » .

حد القذف

قال تعالى (والذين يرمون المحصـنات ثم لم يأتوا بأربعة شـهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم [1]) .

وروى البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « اجتنبوا السبع الموبقات الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وقال تعالى : (ان الذين يرمون المحصنات المؤمنات الغافلات لعنوا فى الدنيـا والآخرة ولهم عذاب عظيم [2]) .

(١) الآية ٤ ، ٥ من سورة النور .
(٢) الآية ٢٣ من سورة النور .

وقد بينت الآيتـان الأولين العقوبة وبينت الآية الأخرى مع الحـديث الجريمة ، فرمى المحصنات بلا ريب بالزنا جريمة وعقوبتها هى الجلد ثمانون جلدة .

لكن هل يدخل رمى الرجال فى الجريمة والعقوبة فى الأمر ، فيعد رميهم جريمة ويكون عليها العقاب ، لقد اتفق فقهاء الأمصار على أن رمى المحصنين كرمى المحصنات على سواء ، والحكم القرآنى لا يخص أحد الجنسين دون الآخر ، فخطاب الرجال خطاب للنساء أيضا ، وذكر الرجال فى الأحكام ذكر للنساء بمقتضى قانون التساوى فى الأحكام ، وكذلك اذا ذكر النساء ، فقـانون التسـاوى فى الأحـكام يوجب أن يطبق الحكم أيضـا على الرجال ، وقد أقر قانون التساوى الظاهرية الذين يأخذون بظواهر الألفاظ فقرروا أن كل حكم يذكر فيه أحد الجنسين يكون ذكر للآخر لا فرق بين أن يكون هو الرجال أو النساء ، الا اذا ثبت تخصيص النص بأحدهما دون الآخر ، وليس ما يوجب التخصيص ، فبقى قانون التسوية فى الحكم على مقتضاه من غير تخصيص .

وفوق ذلك فان الحكمة من حد القذف وهو الرمى بالزنا كما تبين هو منع أن تشيع الفاحشة فى المؤمنين بكثرة الترامى بها وسهولة قولها كما قال تعالى : « ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيـا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون (١) » تتحقق فى المرأة والرجل على سواء وان رمى الرجال الذين اشتهروا بالعفة والتقوى بهـذه الفاحشة من غير بينة يحل عرى الأخلاق ويسهل ارتكاب هذه الجريمة ممن يتردد فيها من الشباب .

ويصح أن ننبه هنا الى أن بعض فرق الخوارج يقولون : ان حد القذف الوارد فى النص هو خاص برمى النساء دون الرجال ، لأن النص وارد فيهن فيقتصر على مورده ، ولأن رمى المرأة بالزنا أشد تأثيرا فى حياتها من رمى

---

(١) الآية ١٩ من سورة النور .

الرجل ، لأن الدنس اذا لحقها من هذه لا يمحى عاره من حياتها ، وأما من يقذف الرجال فانه لا ينطبق عليه النص ، لأن تعميم تطبيق النصوص انما يكون حيث التساوى ولا تساوى هنا بين الرجل والمرأة فى الأذى من هذه الجريمة • ويجاب عن ذلك بأن التساوى الذى يجعل الرمى واحدا سواء أكان المقذوف رجلا أم امرأة لا ينظر فيه الى الأذى الشخصى وانما ينظر فيه الى الأثر المترتب على الترامى بهذه الفاحشة ، فانه يؤدى الى شيوعها ، وان ذلك يتحقق سواء أكان على الرجل أم كان على المرأة فهما من حيث الأثر سواء ولذلك يتساوى العقاب •

والحصانة هنا العفة مع البلوغ والعقل بمعنى أنه لا يثبت أنه ارتكب من رمى بالزنا هذه الجريمة من قبل ، فاذا كان قد ارتكبها أو عرف أنه ارتكبها باقامة الحد عليه فان رميه بالزنا لا يوجب الحد ، ولكنه يوجب التعزير ، فان الشخص اذا كان صادقا لا يعاقب بهذه العقوبة ، ولكن بقى أنه أشاع ما يجب ستره واخفاؤه ، بعد أن نزل العقاب فيعزر •

واذا كان الرجل والمرأة قد سقط عنهما الحد لشبهة كمن يتزوج احدى محارمه وهو لا يعلم العلاقة المحرمة فدخل بها • فانه فى هذه الحالة تثبت الشبهة ولا يكون الدخول زنا ، أو كمن يتزوج مطلقته طلقة مكملة للثلاث ولا يعلم أنها تحرم عليه فدخل بها ثم فرق بينهما ، فهل الدخول على هذا النحو يسقط وصف الحصانة ويكون مزيلا لمعنى العفة ، ومثل ذلك من أدخلت عليه امرأة على أنها زوجته وهى تظنه زوجها فدخل بها على هذا الظن أيكون هذا نافيا لمعنى الحصانة ؟

والجواب : أن أبا حنيفة وأصحابه قرروا أن الشبهة ان كانت قوية بحيث لا تسقط الحد فقط بل تمحو وصف الزنا كما او عقد على أخته من الرضاع ولا علم له ، وكذلك لا علم لها بواقعة الرضاع فان هذه الشبهة تسقط الحد وتمحو وصف الزنا ، ولذا يثبت النسب وتجب العدة وذلك مع وجود المهر ، وعلى ذلك يكون الدخول بغير زواج مع هذه الشبهة غير مناف لمعنى الحصانة ، وأما اذا كانت الشبهة ليس لها هذه القوة كمن يتزوج

باحدى محارمه جاهلا التحريم فان هــذه الشبهة لا تمحو وصف الزنا ، وان أسقطت الحــد وأوجبت المهر ولذلك نقول : انها تتنــافى مع معنى الحصانة •

فـــرع فى انطباق هذا النص على العبد اذا قذف غيره أيقام عليه الحد ثمانين جلدة وكذلك الأمة اذا قذفت غيرها أم يكون حدهما أربعين جلدة باعتبار أن عليهما نصف ما على الأحرار والحرائر من العذاب ؟

قد قال جمهور العلماء : ان حده فى هذه الحال هو أربعون باعتبار أن عقوبته دائما على النصف من عقوبة الحر ، ولكن بعض التابعين يرون أنه يحد ثمانين جلدة ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه •

وقال الحنابلة [1] : (أجمع أهل العلم على وجوب الحد على العبد اذا قذف الحر المحصن لأنه داخل فى عموم الآية ، وحده أربعون فى قول أكثر أهل العلم ، وروى عن عبد الله بن عامر بن أبى ربيعــة أنه قال : أدركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء ، فلم أرهم يضربون المملوك اذا قذف الا أربعين وجلد أبو بكر بن عمرو بن حزم عبدا قذف حرا ثمانين ، وبه قال قبيصــة وعمر بن عبد العزيز • ولعلهم ذهبوا الى عموم الآية ، والصحيح الأول للاجماع المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه حد يتبعض ، فكان العبد فيه على النصف من الحر كحــد الزنا ، وهو يخص عموم الآية ، وقد عيب على أبى بكر بن عمرو بن حزم جلده ثمانين • وقال سعيد ــ يعنى ابن منصور ــ حدثنا عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيــه قال : حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبدا فى قرية ثمانين فأنكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء فقال عبد الله بن عامر بن ربيعــة انى رأيت والله عمر بن الخطــاب ما رأيت أحــدا جــلد عبــدا فى قرية فوق أربعين) ا هـ •

ويبدو أن الذين رأوا تمام الحد على العبد فى جريمة القــذف راعوا

(١) المغنى لابن قدامة .

عموم الآية والى أن اشاعة الفاحشة بالقول تتساوى آثارها الضارة سـواء صدرت من حر أو من عبد ، ولما كان العبد لا عذر له فى رميه الأبرياء فان ضعفه لا يكون سبيلا الى اشـاعة الفاحشـة فى الذين آمنوا ، واذا ثبت التنصيف فى الزنا فلا يثبت فى غيره الا بالقياس عليه ، ولكن لا قيـاس مع النص ، وقد ورد النص عاما ، وقد ذهب الى هذا داود بن على الظاهر وولده وبعض أصحابه حاشا ابن حزم فانه قال : بقول الجمهور بتنصيف حـد القذف على العبد .

ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم وهم أعلم الناس بمواطن التنزيل قد أجمعوا على التنصيف فى عقوبة القذف من العبيد هكذا أفاده أبو زهرة مع تصرف منا قال :

وثانى الأمرين اللذين يثاران عند تطبيق النص القرآنى هو أنه اذا رمى العبد بالزنا أيحد من يقذفه ؟ أو بعبارة أعم هل يشترط فى الحصانة التى توجب حد القذف الحرية ؟ وقد روى ذلك عن أبى هريرة أنه قال : سمعت أبا القاسم صلى الله عليه وآله وسلم يقول : « من قذف مملوكه وهو برىء مما قال جلد يوم القيامة الا أن يكون كما قال [1] » وعن عبد الله بن عمر أنه قال : « من قذف مملوكا كان لله فى ظهره حد يوم القيامة ، ان شاء أخذ وأن شاء عفا عنه » ولكن يلاحظ أن ذلك فى قذف المالك لعبده فهل يقاس عليه قذف غيره ، مع أن المالك له ولاية التأديب لعبده من غير جور ولا ظلم ، ولا تجاوز لحدود ، وعلى أى حال فالجمهور على أنه لا يحد حد القـذف من يرمى عبدا بالزنا وقد جاء فى فتح البارى ما نصه :

قال المهلب : أجمعوا على أن الحر اذا قذف عبدا لم يجب عليه الحد ، ودل على هذا الحديث . أى حديث أبى هريرة السابق . لأنه لو وجب على

---

(١) قلت : هذا الحديث اخرجه مسلم ولفظه « من قذف مملوكه بالزنا يقام عليه الحد يوم القيامة الا ان يكون كما قال » واخرجه احمد والشيخان وابو داود والترمذى عن ابى هريرة بلفظه « من قذف مملوكه وهو برىء ممـا قال جلد يوم القيامة حدا الا ان يكون كما قال » (ط) .

السيد أن يجلد فى قذف عبده فى الدنيا لذكره كما ذكره فى الآخرة ، فان ملكهم يزول عنهم ويتكافأون فى الحدود ويقتص لكل منهم الا أن يعفو ، ولا مفاضلة حينئذ الا بالتقوى •

قلت : فى نقله الاجماع نظر فقد أخرج عبد الرزاق بسنده عن نافع سئل ابن عمر عمن قذف أم ولد الآخر فقال : يضرب الحد صاغرا » وهذا بسند صحيح وبه قال الحسن وأهل الظاهر ، واختلفوا فيمن قذف أم ولد بعد موت السيد فقال مالك وجماعة : يجب فيه الحد ، وهو قياس قول الشافعى بعد موت السيد وكذا كل من يقول : انها عتقت بموت السيد) ا هـ •

وبعض الفقهاء يقررون وجوب تطبيق الحد على من يرمى العبيد ، لأن الحكمة من الحد هو منع الترامى بالفاحشة ، وتنزيه الرأى العام من أن يسرى فيه هذا القول ، وتلك الحكمة تتحقق فى رمى العبيد وغيرهم ، وان للعبد كرامته فيجب أن تصان عن الابتذال كما تصان كرامة الأحرار •

وان الذى نراه من النصوص أن السيد لا يقام عليه الحد اذا رمى عبده هو ، وحديث أبى هريرة نص فى ذلك ، ولم يرد نص عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم فيما اذا رمى عبد غيره • وقد روى عن ابن عمر فى أثر عبد الرزاق الذى سقناه آنفا : اذا رمى أم ولد غيره ، وما دام الأثر مقصورا على حال السيد اذا رمى مملوكه فانه يبقى عموم النص ويحد من يرمى عبد غيره ، وتعليل ذلك أن هناك علاقة تبيح التأديب بالنسبة للمولى مع المملوك ، وان أساء عزر ولم يحد ، والحديث مقصور على هذه الحالة فيبقى على عمومه •

فــرع فى عدم قبول شهادة المحدود •

قد ذكرنا أن القاذف يعاقب بعقوبتين وجزاءين :

(احداهما) الضرب ثمانين جلدة •

(الثانية) وهى عقوبة أدبية وهى أن لا تقبل له شهادة •

وقد عرفت أن الضرب ثمانون للحر وأربعون على العبد ، وأما العقوبة الأخرى فهى قوله تعالى : (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) .

وقد اتفق العلماء على أن القاذف لا تقبل له شهادة ما دام لم يتب لأنه ارتكب معصية من غير أن يتوب عنها ففقد شرط العدالة ، والعدالة شرط فى قبول الشهادة ، وهو فاسق بهذا القول ما لم يتب ، والجلد لا يزيل وصف الفسق وان قال بعض الفقهاء انه كفارة من عقاب يوم القيامة .

ولكن اذا تاب وأحسن التوبة أتقبل شهادته أم لا ؟ وقد زال عنه وصف الفسق ؟

لقد اختلف فى ذلك الفقهاء ، فأبو حنيفة وأصحابه والأوزاعى والثورى قالوا : لا تقبل شهادته ، فلا تقبل شهادة محدود فى قذف فى الاسلام ، وقال الشافعى ومالك والليث وعثمان البتي وأحمد تقبل شهادة المحدود فى قذف اذا تاب توبة نصوحا ، لأن التوبة تجب ما قبلها ، وروى عن ابن عباس روايتان (احداهما) أنها تقبل (والثانية) أنها لا تقبل ولو تاب . وروى عن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه أنه قال لبعض من حدهم فى قذف : (ان تبت قبلت شهادتك) وقد قال بعدم قبول شهادته جمع من التابعين منهم سعيد بن المسيب ، والقاضى شريح ، والحسن البصرى ، وابراهيم النخعى ، وسعيد بن جبير كما روى قبول شهادته عن جمع آخر من التابعين منهم عطاء وسفيان بن عيينة والشعبى والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، والزهرى .

فـــرع فى أدلة الذين منعوا قبول شهادته ولو تاب :

(أولا) ورودها فى صريح الكتاب العزيز عقوبة للقاذفين ولا تكون عقوبة اذا قبلت بعد التوبة لأنهم فاسقون ، والفاسقون بأى سبب من أسباب الفسق لا تقبل شهادتهم ، فلم يكن لهذا النص معنى الا أن يكون عقوبة

خاصة بهذا النوع من الفسق ، وهو يتفق مع نوع الجريمة اذ أنها كذب ، بل أعظم الكذب ، وأعظم الافتراء . لذلك لم يضع الله تعالى عقوبة على الافتراء غير هذا النوع من الافتراء فكان المناسب أن لا تقبل له شهادة .

(ثانيا) أن الله سبحانه وتعالى قال فى عدم قبول الشهادة منه : (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا) فذكر لفظ أبدا مع الحكم بأنهم فاسقون يدل على عدم قبول الشهادة ولو تابوا ، لأن التأييد لا يتحقق الا بذلك .

(وثالثا) ان القذف تكون عقوبته علنية ، معلمة مشهورة فهو بهذا تنزل مروءته أمام الناس ، ونقص المروءة يمنع قبول الشهادة لأن للقضاء حرمات مقدسة ، ولأن الشهادة ملزمة للقضاء لا يصح أن يخالفها ، فكيف يكون هذا الالزام بشهادة رجل حد فى قذف ، ورؤيت الأسواط تنزل على ظهره بالافتراء ، وان كانت له توبة فبينه وبين ربه .

وان الاستثناء فى قوله تعالى : (الا الذين تابوا من بعد ذلك) هو من وصفه الفسق لا من قبول الشهادة ، لأن الاستثناء يكون من الحكم المتصل كأداة الاستثناء ، هى الحكم عليه بأنهم فاسقون .

هذه حجج الذين يمنعون قبول شهادته قبل التوبة وبعدها .

فرع فى أدلة الذين سوغوا قبولها :

(أولا) أن التوبة تجب ما قبلها ، فاذا تاب وأحسن التوبة فان الله تعالى يغفر له ، واذا غفر له فان ما يكون من آثار الجريمة يزول وينتهى ، وهو الذى شرع العقوبة ، وقد غفر فكان حقا على الناس أن يقبلوا شهادته .

(ثانيا) بأن الأبدية مقيدة بحال الاستمرار على الفسق ، ولذلك ذكر بعدها الحكم عليه بأنه فاسق ، فكان دوام عدم قبول الشهادة مقرونا باستمرار وصف الفسق .

(ثالثا) بأن الاستثناء من كل ما سبق وليس من الفسق فقط وقصره على واحد نوع من التحكم من غير دليل .

والحق أن أساس الاختلاف مع الأدلة السابقة هو الاختلاف فى تفسير قوله تعالى : (ولا تقبلوا لهم شهادة) فالذين قالوا : ان شهادته لا تقبل جعلوا الاستثناء من الحكم بالفسق ، والذين قالوا : انه تقبل جعلوا الاستثناء من النهى عن قبول الشهادة والحكم بالفسق ، وقد قال فى ذلك أبو بكر الرازى : وما ذكرنا من اختلاف السلف وفقهاء الأمصار فى حكم القاذف اذا تاب فانما صدر عن اختلافهم فى رجوع الاستثناء الى الفسق ، أو الى ابطال الشهادة ، وسمة الفسق جميعا فيرفعهما ، والدليل على أن الاستثناء مقصور الحكم على ما يليه من زوال الفسق دون جواز الشهادة أن حكم الاستثناء فى اللغة رجوعه الى ما يليه ، ولا يرجع الى ما تقدمه الا بدلالة . اهـ .

فـــرع فى مذاهب العلماء فى التعريض بالزنا .

اختلف العلماء فى الرمى بالزنا بالتعريض أينطبق عليه النص أم لا ينطبق الا النص الصريح ، وقد قال جمع من الفقهاء : ان التعريض لا يعطى حكم التصريح وهو مذهبنا ومذهب أبى حنيفة وأصحابه .

ومن ذلك أن يقول الرجل الآخر : أنا لست بزان ولا أمى بزانية ، اذا كانا فى مقام التلاحى والشجار .

وقال أحمد فى رواية وآخرون : انه يحد بالتعريض ، لأن ارادة الرمى بالزنا واضحة ، وان الكناية المشهورة تبلغ مبلغ صريح القول ، واستدل القائلون بهذا ما فعله عمر رضى الله عنه بأن جلد من عرض فى رمى آخر بالزنا بعد أن شاور علماء الصحابة فى ذلك ، وقد فعل أيضا ذلك عثمان رضى الله عنه وأن ذلك كان فى مقام النزاع ، فان لم يكن نزاع فقد اتفق الجميع على أنه لا حد .

دليلنا : أن التعريض غير التصريح وللتصريح حكم ليس للتعريض ، ولأن التعريض بالزنا لا يدل دلالة قاطعة على الرمى به ، ولا يصح جلد عند الظن والشبهة ، ولأن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ما حد لتعريض •

مســـألة قال الشافعى رضى الله عنه : (واذا قذف البالغ حرا بالغا مسلما أو حرة بالغة مسلمة جلد ثمانين جلدة) وجملة ذلك أن القاذف يجب عليه الحد لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات » الآية ، وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « لما أنزل الله تعالى عذرى صعد النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر الله تعالى ثم تلا آيات من كتاب الله ثم نزل ، فأمر أن يجلد الرجلان والمرأة حدودهم ـ يعنى حسان بن ثابت ومسطح [1] ابن أثاثة وحمنة بنت جحش » •

اذا ثبت هذا فلا يجب حد القذف الا على مكلف ـ فان كان القاذف صغيرا أو مجنونا لم يجب عليه الحد ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث » ولأن الصبى والمجنون لا حكم لقولهما فلم يجب به الحد بقذف المحصنة والمحصن • فان قذف من ليس بمحصن لم يجب على القاذف الحد ، لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ـ الآية [2] » •

فاشترط الاحصان فى المقذوفة ، فدل على أنه لا يجب الحد بقذف من ليس بمحصن • والاحصان فى المقذوف له خمس شرائط : البلوغ والعقل والحرية والاسلام والعفة عن الزنا • فان قذف صغيرا أو مجنونا لم يجب عليه الحد • لأن ما رماهما به من الزنا لو تحقق لم يجب عليهما به حد ،

---

(١) حسان بن ثابت الانصارى من بنى النجار ، وكانت قبيلته تعرف عند العرب ببنى معالة نسبة الى امهم وكانت حبشية سوداء . ومسطح ابن بنت خالة ابى بكر الصديق وكان من المهاجرين البدويين المساكين وهو ابن اثاثة ابن غياد بن عبد مناف . وحمنة هى أخت زينب أم المؤمنين وابنة عمة النبى صلى الله عليه وسلم .

(٢) الآية ٤ من سورة النور .

فلم يجب على قاذفهما به حد • وان قذف مملوكا لم يجب به عليه حد ، لأن الرق يمنع من كمال حد الزنا فمنع من وجوب الحد على قاذفه • وان قذف كافرا لم يجب عليه الحد ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أشرك بالله فليس بمحصن » وان قذف من عرف زناه ببينة باقراره : لم يجب عليه الحد ، لقوله تعـالى : « والذين يرمون المحصنات ــ الآية » فأوجب الحد على القاذف اذا لم يأت بأربعة شـهداء على زنا المقذوف ، فدل على أنه اذا أتى بأربعة شهداء على زناه بأنه لا حد عليه • وقسنا اقرار المقذوف بالزنا على ثبوت زناه بالبينة •

اذا تقرر هنا فان وجوب الحد يعتبر بالمقذوف ، وأما كمال الحد ونقصانه فيعتبر بالقاذف ــ فان كان القاذف حرا وجب عليه ثمانون جلدة للآية • وان كان مملوكا لم يجب عليه الا أربعون جلدة ، وبه قال أبو بكر الصديق وعمر وعثمان رضى الله عنهم وأكده أهل العلم ، وقال عمر بن عبد العزيز : يجب على المملوك ثمانون جلدة وبه قال الزهرى وداود ، وحكى ذلك عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم •

دليلنا ما روى عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه قال : أدركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم يضربون المملوك اذا قذف الا أربعين سوطا ، وما رأيت ضرب المملوم المفترى على الحر ثمانين جلدة قبل أبى بكر بن محمد بن حزم ، فدل على أنه اجماع ، ولأنه حد يتبعض فكان المملوك فيه على النصف من الحر كالجلد فى الزنا ، وفيه احتراز من القطع فى السرقة •

فـــرع فان كان المقذوف بعضه حر وبعضه مملوك لم يجب عليه حد المملوك ، لأنه ناقص بالرق ، ولهذا لا تثبت له الولاية ولا تقبـل شهادته ولا تقبل منه الجزية • فكان كالمملوك فى ذلك •

فـــرع فان قذف رجلا وطىء وطئا حراما أو امرأة وطئت وطئا حراما ، فالوطء الحرام على أربعة أضرب : ضرب حرام محض وهو الزنا •

وكذلك أن وطىء أمه أو أخته بعقد النكاح ، وهو عالم بتحريمه ، أو وطء المرتهن الجارية المرهونة مع العلم بتحريمه ، أو وطء جارية والده مع العلم بتحريمه ، فهذا الوطء يجب به الحد على الواطىء ويسقط به احصانه ، فلا يجب الحد على قاذفه . والثاني : وطء حرام بعارض ، وهو اذا وطىء زوجته الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة ، فهذا لا يجب عليه الحد بهذا الوطء ولا يسقط به احصانه ، فيجب الحد على قاذفه . والضرب الثالث . وطء حرام بكل حال الا أنه فى ملك ، كمن وطىء عمته أو أختــه فى ملكه فان قلنا : يجب عليه الحد بوطئها سقط احصانه بذلك ، فلا يجب الحد على قاذفه ، وان قلنا : لا يجب عليه الحد لم يسقط احصانه بذلك فيجب الحد على قاذفه . والضرب الرابع : وطء حرام فى غير ملك الا أنه مختلف فيه . كمن وطىء امرأة فى نكاح بلا ولى ولا شهود ، أو فى نكاح المتعة . أو وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره ، فهذا الوطء لا يجب به الحد على الواطىء ، ولكن هل يسقط احصانه ؟ فيه وجهان . أحدهما : يسقط احصـــانه ، فلا يجب الحد على قاذفه لأنه وطء محرم فى غير ملك فهو كالزنا . والثـــانى : لا يسقط احصانه ، ويجب الحد على قاذفه لأنه وطء لا يجب به الحد على الواطىء . فهو كما لو وطىء الحائض فكذلك اذا وطىء امرأة أجنبية ظنها زوجته . فهو كما لو وطىء بالنكاح بلا ولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قذف الوالد ولده ، او قذف الجد ولد ولده ، لم يجب عليه الحد . وقال ابو ثور : يجب عليه الحـد لعموم الآية ، والمذهب الأول ، لأنه عقوبة تجب لحق الآدمى فلم تجب للولد على الوالد كالقصاص . وان قذف زوجته فماتت وله منها ولد سقط الحد ، لأنه لما لم يثبت له عليه بالارث عن امه وان كان لها ابن آخر من غيره وجب له ، لأن حد القذف يثبت لكل واحد من الورثة على الانفراد .

فصـــل وان رفع القـاذف الى الحاكم وجب عليه السؤال عن احصان المقذوف لأنه شرط فى الحكم ، فيجب السؤال عنه كعدالة الشهود ، ومن اصحابنا من قال : لا يجب لأن البلوغ والعقل معلوم بالنظر اليه والظاهر

الحرية والاسلام والعفة . وان قال القاذف امهلني لأقيم البينة على الزنا ، امهل ثلاثة أيام لأنه قريب ، لقوله عز وجل : « ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب (١) » ثم قال : « تمتعوا في داركم ثلاثة أيام (٢) » .

الشرح قوله تعالى : « تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام » استدل علماؤنا بارجاء الله العذاب عن قوم صالح ثلاثة أيام على أن المسافر اذا لم يجمع على اقامة أربع ليال قصر ، لأن الثلاثة الأيام خارجة عن حكم الاقامة وهو مذهب المالكية وغيرهم ، كما استدل المصنف هنا بهذه الآية على مدة الامهال واللازم بينهما أن الله تعالى لم يعجل بعذابهم وأمهلهم ثلاثة أيام ، فلا نعجل بعذاب القاذف اذا طلب امهاله لاحضار البينة على أن تكون مدة الامهال ثلاثة أيام ، وهو النصاب الزمنى لامهال الله تعالى قوم صالح .

أما اللغات فقوله : « تمتعوا » أى بنعم الله قبل العذاب « فى داركم » أى بلدكم ولو أراد المنزل لقال : دوركم . وقال ابن بطال الركبى : أى تبلغوا بالعيش القليل حتى يأتيكم العذاب .

أما الأحكام فاذا قذف الوالد ولده وان سفل لم يجب عليه الحد ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد واسحق . وقال مالك : يكره له أن يحده ، فان حده جاز . وقال أبو ثور وابن المنذر : يجب عليه الحد . دليلنا أن الحد يسقط بالشبهة ، وما سقط بالشبهة لم يثبت الولد على الوالد كالقصاص . وان قذف أم أبيه وكانت محصنة أجنبية منه وجب لها عليه الحد ، فان ماتت قبل أن تستوفيه ولا وارث لها غير ابنه منها سقط الحد عن أبيه لأنه لم يثبت له الحد ابتداء ، فلم يثبت له عليه ارثا كالقصاص . وان كان لها وارث مع ابن القاذف كان له أن يستوفى جميع الحد ، لأن حد القذف يثبت لبعض الورثة .

فرع واذا رفع القاذف الى الحاكم ـ فان علم أن المقذوف غير محصن ـ لم يكن له أن يحد القاذف ، وان أقر القاذف باحصان

(١) الآية ٧٣ من سورة الاعراف .
(٢) الآية ٦٥ من سورة هود .

المقذوف ، أو قامت به بينة حد القاذف ، وان جهل الحاكم حال المقـذوف فهل يجب عليه السؤال عن حاله ؟ فيه وجهان أحدهما : يجب عليه السؤال عن احصانه ، لأنه شرط فى الحكم بالحد على القاذف ، فان طولب القاذف ، فسأل أن ينظر الى أن يقيم البينة على زنا المقذوف ؛ أنظر ثلاثة أيام ، لأن ذلك قريب ، وان قال القاذف للمقذوف احلف أنك ما زنيت لم يحد القاذف حتى يحلف المقذوف أنه ما زنى ، لأن اليمين تعرض ليخاف فيقر ، ولو خاف المقذوف من اليمين فأقر أنه زنى ، لم يجب الحد على القاذف — فان حلف المقذوف أنه ما زنى — وجب الحد على القاذف ، وان نكل عن اليمين ردت اليمين على القاذف ، فان حلف أن المقذوف زنى سقط عن القاذف الحد ، لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كاقرار المدعى عليه فى أحد القولين ، أو كبينة يقيمها المدعى ، ولو ثبت زنا المقذوف باقراره أو بالبينة لم يجب الحد على القاذف ، فكذلك هذا مثله ، ولا يجب حد الزنا على المقـذوف بيمين المدعى ، لأن يمينه لاسقاط حد القذف وحد الزنا حق لله تعالى ، فلا يثبت بيمين القاذف •

وقال القرطبى فى جامعه : اختلف هل هو من حقوق الله أو من حقـوق الآدميين أو فيه شائبة منهما ؟ الأول : قول أبى حنيفة • والثانى : قول مالك والشافعى وأحمد • والثالث : قول بعض المتأخرين •

وفائدة الخلاف أنه ان كان لله تعالى وبلغ الامام أقامه ، وان لم يطلب ذلك المقذوف ، ونفعت القاذف التوبة فيما بينه وبين الله تعالى ، ويتشطر فيه الحد بالرق كالزنا ، وان كان حقا للآدمى فلا يقيمه الامام الا بمطـالبة المقذوف ، ويسقط بعفوه ، ولم تنفع القاذف التوبة حتى يحلله المقذوف أ هـ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان قذف محصنا ثم زنى المقذوف او وطىء وطئا زال به الاحصان سقط الحد عن القاذف ، وقال المزنى وابو ثور : لا يسقط لأنه معنى طرأ بعد وجوب الحد : فلا يسقط ما وجب من الحد كردة المقـذوف

وثيوبة الزانى وحريته ، وهذا خطأ لأن ما ظهر من الزنا يوقع شبهة فى حال القذف ، ولهذا روى ان رجلا زنى بامراة فى زمان امير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال : والله ما زنيت الا هـذه المرة ، فقـال له عمر : ((كذبت ان الله لا يفضح عبده فى اول مرة)) والحد يسقط بالشبهة ، واما ردة المقذوف ففيها وجهان احدهما : انها تسقط الحد . والثانى : أنها لا تسقط لأن الردة تدين ، والعادة فيها الاظهار وليس كذلك الزنا ، فانه يكتم ، فاذا ظهر دل على تقدم امثاله ، واما ثيوبة الزانى وحريته فانها لا تورث شبهة فى بكارته ورقه فى حال الزنا .

فصـــل ولا يجب الحد الا بصريح القذف ، او بالكناية مع النية فالصريح مثل ان يقول : زنيت او يا زانى . والكناية كقوله : يا فاجر : او يا خبيث ، او يا حلال بن الحلال . فان نوى به القذف وجب به الحد ، لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح ، كالطلاق والعتاق ، وان لم ينو به القـذف لم يجب به الحد سـواء كان ذلك فى حال الخصومة او غيرها ، لأنه يحتمل القذف وغيره ، فلم يجعل قذفا من غير نيـة كالكناية فى الطلاق والعتاق .

فصـــل وان قال لطت او لاط بك فلان باختيارك فهو قذف ، لأنه قذفه بوطء يوجب الحد فاشبه القذف بالزنا ، وان قال : يا لوطى واراد به انه على دين قوم لوط : لم يجب به الحد ، لأنه يحتمل ذلك ، وان اراد انه يعمل على قوم لوط وجب الحد ، وان قال لامراته يا زانية ، فقال : بك زنيت لم يكن قولها قذفا له من غير نية ، لأنه يجوز أن تكون زانية ولا يكون هو زانيا ، بان وطئها وهو يظن انها زوجته ، وهى تعلم انه اجنبى ، ولأنه يجوز ان تكون قصدت نفى الزنا ، كما يقول الرجل لغيره : سرقت ، فيقول : معك سرقت ، ويريد انى لم اسرق كما لم تسرق ، ويجوز أن يكون معنـاه ما وطئنى غيرك ؛ فان كان ذلك زنا فقد زنيت . وان قال لها : يا زانية فقالت : انت ازنى منى ، لم يكن قولها قذفا له من غير نية ، لانه يجوز ان يكون معناه ما وطئنى غيرك ، فان كان ذلك زنا فانت ازنى منى ، لأن المغلب فى الجمـاع فعل الرجل ، وان قال لغيره : انت ازنى من فلان ، او أنت ازنى الناس ، لم يكن قذفا من غير نية ، لأن لفظة (افعل) لا تستعمل الا فى امر يشتركان فيه ، ثم ينفرد احدهما فيه بمزية ، وما ثبت ان فلانا زان . ولا ان النـاس زناة فيكون هو ازنى منهم ، وان قال : فلان زان وانت ازنى منه ، او انت ازنى زناة الناس ، فهو قذف لأنه اثبت زنا غيره ثم جعله ازنى منه .

فصـــل وان قال لامراته : يا زانى فهو قذف لأنه صرح باضـافة

الزنا اليها واسقط الهاء للترخيم كقولهم فى مالك : يا مال وفى حارث : يا حار . وان قال لرجل يا زانية فهو قذف ، لأنه صرح باضافة الزنا اليه وزاد الهاء للمبالغة ، كقولهم علامة ونسابة وشتامة ونوامة فان قال : زنات فى الجبل فليس بقذف من غير نية لأن الزنء هو الصعود فى الجبل والدليل عليه قول الشاعر :

﴿ وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل ﴾

وان قال زنات ولم يذكر الجبل ففيه وجهان ، احدهما : انه قذف ، لانه لم يقرن به ما يدل على الصعود . والثانى وهو قول أبى الطيب ابن سلمة رحمه الله انه ان كان من اهل اللغة فليس بقذف وان كان من العامة فهو قذف لأن العامة لا يفرقون بين زنيت وزنات .

فصل وان قال : زنى فرجك او دبرك او ذكرك فهو قذف لان الزنا يقع بذلك . وان قال زنت عينك أو يدك أو رجلك فقد اختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هو قذف ، وهو ظاهر ما نقله المزنى رحمه الله : لأنه اضاف الزنا الى عضو منه فاشبه اذا اضاف الى الفرج ، ومنهم من قال : ليس بقذف من غير نية ، وخطأ المزنى فى النقل ، لأن الزنا لا يوجد من هذه الأعضاء حقيقة ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : « العينان تزنيان واليدان تزنيان ، والرجلان تزنيان ، ويصدق ذلك كله الفرج أو يكذبه » فان قال : زنى بدنك ، ففيه وجهان احدهما : انه ليس بقذف من غير نية لأن الزنا بجميع البدن يكون بالمباشرة ، فلم يكن صريحا فى القذف . والثانى : انه قذف لأنه أضاف الى جميع البدن ، والفرج داخل فيه . وان قال : لا ترد يد لامس ، لم يكن قاذفا لما روى ان رجلا من بنى فزارة قال للنبى صلى الله عليه وسلم : « ان امراتى لا ترد يد لامس » ولم يجعله النبى صلى الله عليه وسلم قاذفا . وان قال : زنى بك فلان ، وهو صبى لا يجامع مثله ، لم يكن قاذفا لانه لا يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها ، وان كان صبيا يجامع مثله فهو قذف ، لأنه يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها ، وان قال لامراته : زنيت بفلانة او زنت بك فلانة لم يجب به الحد ، لان ما رماها به لا يوجب الحد .

الشرح الحديث أخرجه أحمد باسناد صحيح والبزار وأبو يعلى الموصلى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « العينان تزنيان ، والرجلان تزنيان والفرج يزنى » .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه عند الشيخين وأبى داود والنسائى عن

النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا ، فهو مدرك ذلك لا محالة ، العينان زناهما النظر ، والأذنان زناهما الاستماع ، واللسان زناه الكلام ، واليد زناها البطش ، والرجل زناها الخطى ، والقلب يهوى ويتمنى ، ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه » وفى رواية عند مسلم وأبى داود : « واليدان تزنيان فزناهما البطش ، والرجلان تزنيان فزناهما المشى ، والفم يزنى فزناه القبل » وحديث الرجل القائل : « أن امرأتى لا ترد يد لامس » . مضى تخريجه فى النكاح واللعان .

اما اللغات فالزنا بالقصر والمد فال الفرزدق :

أبا خالد من يزن يعلم زناؤه ومن يشرب الخمر يصبح مسكر

وزنأ الى الشىء يزنأ زنئا وزنوءا لجأ اليه ، وازنأه الى لأمر ألجأه وزنأ عليه اذا ضيق عليه مثقلة .

وقوله : (والدليل عليه قول الشاعر : وارق الى الخيرات الخ)

الشاعر هو قيس بن عاصم المنقرى وقد أخذ صبيا من أمه يرقصه وأمه منفوسة بنت زيد الفوارس ، والصبى هو حكيم ابنه وأخذ يقول :

أشبه أبا أمك أو أشبه حمل ولا تكونن كهلوف وكل
يصبح فى مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل

وقال النووى رضى الله عنه فى تهذيب الأسماء واللغات فى مادة (زنأ) مع تصرف وايفاء واختصار :

(زنأ) قوله فى الوسيط فى باب صلاة الجماعة وقد قال صلى الله عليه وسلم « لا يصلين أحدكم وهو زناء » هذا الحديث بهذا اللفظ رواه أبو عبيد فى غريب الحديث باسناد ضعيف وهو صحيح المعنى ، فقد روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل لرجل يؤمن بالله و ليوم الآخر أن يصلى وهو حاقن حتى يتخفف »

رواه أبو داود وغيره • وعن ثوبان رضي الله عنه نحوه رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن • وعن عائشة رضي الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا صلاة بحضرة الطعام ، ولا لمن يدافعه الأخبثان » رواه مسلم فى صحيحه ، والأخبثان البول والغائط ، أما ضبط اللفظة التى فى حديث الوسيط فهى زناء بزاى مفتوحة ثم نون مخففة ثم ألف ممدودة ، ومعناه الحاقن ، هو الذى اضطره البول وهو يدافعه ، قال الجوهرى : تقول : منه زنأ البول بالهمز يزنأ زنوءا اذا احتقن قوله فى المهذب فى باب القذف : قال الشاعر :

وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل

هذا الذى أتى به بعض بيتين ، قال ابن السكيت فى اصلاح المنطق والأزهرى فى الزاهر والجوهرى فى الصحاح وغيرهم من أهل اللغة وغيرهم : قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها :

أشبه أباك أو أشبه حمل ولا تكونن كهلوف وكل

يصبح فى مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل اهـ

والهلوف الثقيل الجافى العظيم اللحية ، والوكل الذى يكل أمره الى غيره قال فى اللسان : وزعم الجوهرى أن هذا الرجز للمرأة قالته ترقص ابنها فرد عليه أبو محمد بن برى ، ورواه هو وغيره على هذه الصورة ، قال وقالت أمه ترد على أبيه :

أشبه أبى أو أشبهن أباكا أما أبى فلن تنال ذاكا

تقصران أن تناله يداكا اهـ

وقال الأخطل يذكر القبر :

اذا قذفت الى زناء قعرها غبراء مظلمة من الأحفار

وقال ابن مقبل يصف الابل :

وتولج فى الظل الزناء رءوسها وتحسبها هيما وهن صحاح

قال الأزهرى : حمل • يعنى بفتح الحاء والميم اسم رجل ، والهلوف يعنى بكسر الهاء وفتح اللام المشددة الرجل العظيم الخلق ، والوكل : يعنى بفتح الواو والكاف الرجل الضعيف ، وانجدل سقط الى الجدلة يعنى بفتح الجيم ، وهى الأرض ، وكل هؤلاء ذكروا البيتين لامرأة من العرب ، وأنشدوهما كما قدمته الا الجوهرى فانه قال :

أشبه أبا أو أشبه عمل

بعين بدل الحاء ذكره فى فصل العين ، وقال : عمل اسم رجل ، وسمى المرأة فقال : هى منفوسة بنت زيد الخيل • وقال أبو زكريا التبريزى انكارا على الجوهرى ، وانما قال : قيس بن عاصم المنقرى يرقص ابنا له فقال :

أشبه أباك أو أشبه عمل

يعنى عملى ، ولم يرد عمل اسم رجل كما قال الجوهرى ، واقتصر الجوهرى فى فصل الزاى من حرف الهمزة على القدر الذى فى المغرب ، ونسبه الى قيس بن عاصم المنقرى :

وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل

هذا بيان حال الشعر ، وأما ضبط اللفظة ، فهى بفتح الزاى واسكان النون ، وبعدها همزة منصوبة منونة ، ومعناه صعودا . قال أهل اللغة : يقال : زنأ فى الجبل يزنأ زنئا وزنوءا بمعنى صعد •

اما الأحكام فان قذف رجل محصنا أو محصنة فلم يحد القاذف حتى زنى المقذوف أو وطىء وطئا حراما سقط به احصانه ، سقط حد القذف عن القاذف ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال أبو ثور والمزنى والثورى وداود وأحمد وأصحابه : لا يسقط عنه الحد ، لأن الاعتبار بالحدود حال الوجوب لا فيما يؤول اليه الحال ، كما لو قذف مسلما ، فقبل أن يقام عليه الحد ارتد المقذوف ، وكما لو زنى عبد فقبل أن يقام عليه الحد أعتق ، أو

زنى بكر فقبل أن يقام عليه الحد صار ثيبا ؛ وهذا خطأ ، لأن العفة عن الزنا لا يعلمها الحاكم من المقذوف الا بغلبة الظن وقالوا : ان الحد قد وجب وتم بشروطه ؛ فلا يسقط بزوال شرط الوجوب كما لو زنى بأمة ثم اشتراها أو سرق عينا فنقصت قيمتها أو ملكها ؛ وكما لو جن المقذوف بعد المطالبة •

وقلنا : ان الشروط تعتبر استدامتها الى حالة اقامة الحد ، بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقم عليه الحد ، ولأن وجود الزنا منه يقوى قول القاذف ، ويدل على تقدم هذا الفعل منه ، فأشبه الشهادة اذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها •

وقالوا : قولكم : ان الشروط تعتبر استدامتها لا يصح ، فان الشروط للوجوب فيعتبر وجودها الى حين الوجوب ؛ وقد وجب الحد ؛ بدليل أنه ملك المطالبة ويبطل بالأصول التى قسنا عليها • وأما اذا جن من وجب له الحد فلا يسقط الحد ، وانما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة به فأشبه ما لو غاب من له الحد •

وقلنا : اذا زنى المقذوف قبل أن يحد القاذف احتمل أن يكون الزنا حادثا بعد القذف فلا يسقط احصانه حال القذف ؛ واحتمل أن يكون هذا الزنا كاشفا لزنا كان يستتر به ؛ لأن العادة أن الانسان يظهر الطاعات ويستر المعاصى ، فاذا أكثر من المعاصى أظهرها الله عليه ، ولهذا روى أن عمر رضى الله عنه كان يجلد رجلا فى الزنا فقال : والله يا أمير المؤمنين ما زنيت قبل هذا ، فقال عمر رضى الله عنه : كذبت ؛ ان الله تعالى أكرم من أن يهتك عبده فى أول دفعة •

فاذا كان الأمر كذلك صار احصانه مشكوكا فيه حال القذف ، فلما وقع منه الزنا وذلك شبهة فسقط به الحد عن القاذف • وأما استدلالهم بردة المقذوف قبل اقامة الحد فيها وجهين ، أحدهما : يسقط احصانه كالزنا • والثانى : لا يسقط احصانه ، والفرق بينهما وبين الزنا أن الردة طريقها الديانات ، ولم تجر العادة أن انسانا يخفى دينه ، بل يظهره • ولهذا يبذل أهل الكتاب الجزية ليظهروا دينهم ؛ فلم تكن ردته قادحة فى اسلامه

المتقدم قبل القذف ، وليس كذلك الزنا ، فان العادة كتمانه ، فاذا ظهر دل على تقدم مثله ، وأما استدلامهم بحرية الزنى وثبوته قبل اقامة الحد عليه ، فلا تشبهه مسألتنا لأن هذا يعتبر حال من يقام عليه الحد ، وفى مسألتنا لو تغير حال من يقام عليه الحد لم يتغير الحد ، وانما كلامنا فيه اذا تغير حال من يقام الحد لأجله •

مسـألة اذا قـذف غيره بلفظ صريح كقوله : زنيت ، أو أنت زان ، أو يا زاني وما أشبه ذلك ، وجب عليه القذف سواء نوى به القذف أو لم ينو ، لأنه لا يحتمل غير القـذف ، وان قذفه بلفظ ليس بصريح فى القـذف ولكنه كنـاية يحتمل الزنا وغيره بأن يقـول لغيره : يا فاجر ، يا خبيث ، يا حلال ابن الحلال ، أو يقول : ما أنت ؟ فلست بزان ، أو لم تحبل بى أمى من زنا ، أو لم تزن بى أمى ، وما أشبه ذلك فان أقر أنه نوى به القذف وجب عليه الحد ، لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزله الصريح كالطلاق والعتاق ، وفيه احتراز من النكاح ، فانه تعتبر فيه الشهادة ويصح بلفظ الانكاح والتزويج ولا يصح بالكناية عنهما ، وهو يؤدى معناهما • وأن لم ينو به القذف فانه لا يكون قذفا سواء قال ذلك فى حال الرضى أو فى حال الغضب والخصومة ، وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال مالك وأحمد واسحق : ان قال ذلك فى حال الرضى لم يكن قذفا من غير نية ، دليلنا ما روى أن رجلا قال : « يا رسول الله ان امرأتى لا ترد يد لامس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : طلقها ، قال : انى أحبها قال : أمسكها » فعرض الرجل بقذف امرأته بالزنا ، ولم يجعله النبى صلى الله عليـه وسلم قاذفا بالتعـريض • وروى أن رجـلا قال : « يا رسـول الله ان امرأتى أتت بولد أسـود ونحن أبيضان • فقـال النبى صلى الله عليه وسلم : هل لك من ابل ؟ قال نعم قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر قال : هل فيها من أورق ؟ قال : ان فيها لورقا ، قال : فأنى ترى ذلك ؟ فقال لعل عرقا نزعها • فقال صلى الله عليه وسلم : وهذا لعل عرقا نزعه » فعرض الرجل بقذف امرأته ولم يجعله النبى صلى الله عليه وسلم قاذفا لها بظاهر التعريض • لأن التعريض بالقذف لا يكون قذفا كما أن التعريض

بالسب لا يكون سبا بدليل ما روى أن المشركين كانوا يعرضون بسب النبي صلى الله عليه وسلم فيقولون مذمما عصيا ، وكنوا عن محمد بمذمم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ألا ترون كيف عصمني الله منهم ؟ وانهم يسبون مذمما ، وانما أنا محمد » ولأنه يحتمل القذف وغيره ، فلم يجعل قذفا بظاهره كما لو قاله في حال الرضا •

فـــرع وان قال رجل : يا قواد فهو كناية في القــذف ، وان قال : بارك الله عليك ، وما أحسن وجهك وما أشبه ذلك ، لم يكن قذفا وان نوى به القذف بالزنا لأنه لا يحتمل ذلك القذف ، فلو أوقعنا فيه القــذف لوقع القذف بالنية من غير لفظ ، وهذا لا يصح •

فـــرع وان قال لرجــل أو امرأة : لطت أو لاط بك فــلان باختيارك فهو قذف ، لأنه قذفه بزنا يوجب الحد ، فهو كما لو قذفه بزنا الفرج •

وان قال لرجل : يا لوطي فقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو اسحق هنا في المهذب : يرجع اليه فان قال : أردت أنه على دين لوط لم يجب عليه الحد ، لأنه يحتمل ذلك ، وان أراد به أنه يعمل عمل قوم لوط وجب عليه الحد • قال ابن الصباغ : وهــذا فيه نظر ، لأن هــذا مستعمل في الرمى بالفاحشة ، فينبغي أن لا يقبل قوله : انى أردت أنه على دينهم ، بل يكون قذفا ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : لا يكون قذفا بحال وبنــاء على أصله ، لأن اللواط لا يوجب الحد فكذلك القذف به ، وقد مضى الدليل على أنه يوجب الحد •

مســألة اذا قال رجل لامرأته أو غيرها : يا زانية فقالت له : يا زان ، كان كل منهما قاذفا لصاحبه • وقال أبو حنيفة : يصير قصــاصا فلا يجب على واحد منهما حد • دليلنا أن القصاص لا يجب في القذف فلم يقع به المقاصة ، وان قال رجل لامرأته : يا زانية فأجابته وقالت : زنيت بك أو بك زنيت ، فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول • فيجب عليــه

الحد ، فان أقام البينة أو لاعنها والا حد لها • وأما جوابها له بقولها : بك زنيت ، أو زنيت بك ، فلا يكون قذفا له بظاهره ، لأنه يحتمل القذف له ، ويحتمل الاقرار على نفسها بالزنا دونه ، ويحتمـل الجحود والأنكار عن الزنا ، فاحتمال القذف له أنها أرادت أنك زنيت بي قبل النكاح ، فيكون ذلك قذفا له ، واعترافها على نفسها بالزنا • واحتمال الاعتراف على نفسها بالزنا دونه أنها أرادت أنك وطئتني قبل النكاح وأنت مجنون ، أو استدخلت ذكرك وأنت نائم قبل النكاح ، أو وطئتني قبـل النكاح وأنت تظن أني زوجتك ، وقد علمت أنك أجنبي • واحتمال جحودها عن الزنا من وجهين ، أحدهما : إنها أرادت لم يصبني غيرك بالنكاح ، فان كان ذلك زنا فبك زنيت والثاني : أنها أرادت ان كنت زنيت فمعك زنيت ، أي فكما لم تزن أنت لم أزن أنا كما لو قال رجل لغيره : سرقت ، فيقول : معك سرقت أي أني لم أسرق كما لم تسرق • فاذا احتمل قولها هذه الاحتمالات ، لم يحتمل قذفا لها من غير نية منهـا في قذفه ، فيرجع اليهـا ، فان قالت : أردت به الاحتمال الأول ، وأنه زنى بي قبل النكاح ، فقد قذفته بالزنا واعترفت على نفسها بالزنا ، فيجب عليها حد الزنا وحد القذف للزوج ، وسقط عن زوجها حد قذفها ، وان قالت : أردت الاحتمال الثاني فقد اعترفت على نفسـها بالزنا ، ولا يجب على زوجها حد القذف لها ، ولا تكون قاذفة له • وان قالت : أردت به الجحود على الزنا على أي الوجهين كان ـ فان صـدقها الزوج على ذلك ـ سقط عنها عهدة هذا الكلام ، وان كذبها وادعى أنهـا أرادت قذفه فالقول قولها مع يمينها لأنها أعلم بمـا أرادت ، فان حلفت برئت ، وكان على الزوج حد القذف لها ، وله اسقاطه بالبينة أو اللعان ، وان نكلت عن اليمين ردت اليمين على الزوج فيحلف أنها أرادت قذفه بالزنا أو الاعتراف على نفسها بالزنا ، فاذا حلف سقط عنه حد القذف ووجب عليها حد القذف له ، ولا يجب عليها حد الزنا ، لأن ذلك من حقوق الله ، فلا يثبت بيمينه عليها ، وان قال رجل لامرأة أجنبية : يا زانية فقالت : بك زنيت أو زنيت بك فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول • قال المسعودي : ولا يرجع اليها بل يكون قولها قد قاله فلا يحتمل هذا الا لاقرار بالزنا ، فيسقط عن الرجل ، وعليها حد الزنا وحد القذف •

فــــرع اذا قال رجل لامرأة : يا زانية فقالت له : أنت أزنى منى ، فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول ، ولا تكون قاذفة له بظاهر هذا القول من غير نية ، لأنه يحتمل القذف وغيره ، فاحتمال القذف أنها أرادت أنى زانية وأنت زان ، وأنت أكثر زنا ، واحتمال غير القذف أنه ما وطئنى غيرك فى النكاح ــ فان كان ذلك زنى ــ فأنت أزنى منى ، لأنك أحرص على ذلك ، والعمل لك ، فرجع اليها ــ فان أرادت الاحتمال الأول فقد اعترفت على نفسها بالزنا وبالقذف له فيجب عليها حد الزنا وحد القذف ، وسقط عنه حد القذف لها ، وان قالت : أردت الاحتمال الثانى ــ فان صدقها على ذلك ــ سقط عنها عهدة هذا الكلام ، ووجب لها عليه حد القذف ، وله اسقاطه بالبينة أو باللعان ، وان كذبها وادعى أنها أرادت قذفه فالقول قولها مع يمينها على ما مضى •

وان قال رجل لامرأة أجنبية : يا زانية فقالت : أنت أزنى منى ، فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول ، والذى يقتضى المذهب أنها لا تكون قاذفة له بظاهر هذا القول ، بل يرجع اليها • وان قالت : أردت أنى زانية وهو أزنى منى ، فقد اعترفت على نفسها بالزنا واعترفت بقذفه ، فيجب عليها حد الزنا وحد القذف ، وسقط عنه حد القذف • وان قالت : لست بزانية ولا هو بزان ــ فان صدقها على هذا الكلام ــ سقط عنها عهدة هذا الكلام فيجب لها عليه حد القذف ، وان كذبها وادعى أنها أرادت أنها زانية وأنه أزنى منها فالقول قولها مع يمينها ، فان حلفت وجب عليه لها حد القذف ، وان نكلت وحلف وجب عليها حد القذف ويسقط عنه حد القذف ، ولا يجب عليها حد الزنا بيمينه ، لأنه حق لله تعالى فلا يثبت بيمينه •

فــــرع وان قال رجل لامرأته أو لغيرها : أنت أزنى من فلان أو من فلانة فانه لا يكون قاذفا بظاهر هذا القول ، لأن قوله أزنى على وزن أفعل ، ولفظ أفعل لا يستعمل الا فيما يشتركان فيه ، ولم ينفرد أحدهما بزنايته كما أن رجلا لو قال : زيد أفقه من عمرو اقتضى قوله هذا أنهما مشتركان فى الفقه الا أن زيدا أكثر فقها منه ، فيرجع اليه ، فان قال : أردت أن فلانا زان وأنت أزنى منه • فقد اعترف لهما بالقذف وان قال : لا أعرف

فلانا أو أعرفه وليس هو بزان ــ فان صدقه على ذلك ــ سقط عنه عهــدة هــذا الكلام وان كذبه حلف له أنه ما قذفه ، وان قال لغيره : أنت أزنى الناس لم يكن قذفا بظــاهره فيرجع اليه ــ فان قال : أردت أنه أزنى من جميع الناس : لم يكن ذلك قذفا ، لأنا نعلم أن جميع الناس ليسوا بزناة ، فيكون هذا أزنى منهم وان قال : أردت به أنه أزنى من زناة الناس ، أو قال له : انك أنت أزنى من زناة الناس كان قاذفا له فيجب عليه الحد لهذا المخاطب ، ولا يجب عليه الحد لزناة الزناة لأنه قذف جماعة غير معينين •

مســــألة قال الشافعى رحمه الله : « ولو قال لها : يا زان كان قذفا ، وهذا ترخيم منه » وجملة ذلك اذا قال لامرأته أو غيرها : يا زان فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول ، لأن المفهوم من قوله أنه أراد رميهــا بالفاحشة ، فكان قذفا ، كما لو قذفها بالأعجمية • اذا ثبت هذا ــ فاعترض ابن داود على الشافعى رحمه الله فى هذا بشيئين ، أحدهما : لقوله : وهذا ترخيم فقال : الترخيم انما يصح بأسماء الألقاب ، فاما الأسماء المشتقة من الفعل فلا يصح فيها الترخيم • والشــانى : أنه قال : الترخيم لا يصح الا باسقاط حرف من الكلام ، فأما باسقاط حرفين فلا يصح ، فأجاب أصحابنا عن اعتراضه الأول بأن قالوا : هذا باطل بترخيمهم لمالك وحارث ، فانهما اسمان مشتقان من الفعل ، وأجابوا عن الثانى بأجوبة منها أن الشــافعى رحمه الله قال فى بعض كتبه : اذا قال لها يا زانى • وانما غلط المزنى فنقل : اذا قال لها يا زان • ومنهم من قال : اذا كان الحرف الذى قبــل الحرف الأخير حرف اعتلال سقط فى الترخيم كقوله فى عثمان : يا عثم ، ومنهم من قال : اذا كان المراد منه مفهوما صح الترخيم ، وان سقط حرفان أو أكثر ، كما روى البخارى وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يا أبا هر » لأبى هريرة •

فــرع اذا قال لغيره : زنأت فى الجبل ــ فانه لا يكون قاذفا بظاهر هذا الكلام ، الا أن يقر أنه أراد الزنا فيكون قذفا • وقال أبو حنيفة

وأصحابه : يكون قذفا بظاهره • دليلنا أن قوله : زنأت فى الجبل حقيقة فى الصعود والارتقاء ، يقال : زنأت تزنأ زنئا ، ويقال فى الزنا الذى هو الوطء : زنيت تزنى زنا ، فاذا كان ذلك حقيقة فى الصعود حمل عليه الاطلاق ، ولم يحمل على المجاز الا بدليل • فأما اذا قال لغيره : زنأت ولم يقل فى الجبل ففيه وجهان ، أحدهما : أنه يكون قذفا بظاهره ، لأنه لم يقرن به ما يدل على الصعود • والثانى وهو قول أبى الطيب ابن سلمة : ان كان هـذا القائل عاميا كان هذا قذفا بظاهره لأن العامى لا يفرق بين زنيت وزنأت ، وان كان لغويا لم يكن قذفا بظاهره ، لأن حقيقة هذا القول عنده الصعود كما قلنا فيمن قال لامرأته : أنت طالق ان دخلت الدار ، بفتح الهمزة • وان قال : زنيت فى الجبل ففيه ثلاثة أوجه حكاها المسـعودى أحدها : أنه قذف ، وقوله : فى الجبل بيان المحل ، والثانى : لا يكون قذفا بظاهره • والثالث : ان كان لا يعرف العربية لا يكون قذفا ، وان كان عربيا كان قذفا •

فـــرع اذا قال الرجل : يا زانية ، كان صريحا فى القذف عندنا بظاهر القول ، وبه قال محمد ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يكون قذفا ، دليلنا أن كل كلمة فهم معناها لزم المتكلم حكمها ولو كان لحنـا • كما لو قال لامرأة : زنيت يا هـذا ، أو لرجل : زنيت يا هـذه • وقوله للرجل : يا زانية • مفهوم المعنى ، وهو أنه رماه بالفاحشة وألحق به المعرة ، فلزمه حكم هذه الكلمة ، ولأن لها مخرجا فى اللغة وذلك أنه قد يشير الى نفسه وذاته فيكون معناه : يا نفسا زانية ، فيصح التأنيث فى هذا ، فوجب أن يحكم بهذا بالقذف •

مســالة اذا قال رجل لامرأة : زنى فرجك أو قال لرجل : زنى ذكرك أو أيرك ، كان صريحا فى القذف ؛ لأن زنا ذلك هو الزنا حقيقة • وان قال رجل أو امرأة زنى دبرك كان صريحا فى القذف • وقال أبو حنيفة : لا يكون ذلك قذفا بناء على أصله أن الحد لا يجب بالوطء فى الدبر ، وقد دللنا عليه ، فنقول ها هنا : لأنه أضاف الزنا الى سبيل يجب بالزنا فيـه الحد فكان قذفا صريحا ، كما لو قال لامرأة : زنى فرجك •

وان قال : زنت عينك أو يدك أو رجلك ففيه وجهـان ، أحدهما : أنه صريح فى القذف ، وهو ظاهر ما نقله المزنى ، لأنه أضاف الزنا الى بعض منه فهو كما لو أضافه الى الفرج أو الذكر . والثانى : أنه ليس بصريح فى القذف . وانما هو كناية فيه . قال الشيخ أبو حامد : ولعله أصح ، لأن لهذه الأعضاء اتيان زنا ليس بفاحشـة ، وهو النظر من العينين ، والبطش من اليدين ، والمشى على الرجلين . وزنا هو فاحشـة ، وهو مشاركة هـذه الأعضاء للفرج ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : « العينان تزنيان ، واليدان تزنيان ، والرجلان تزنيان ، ويصدق ذلك الفرج ويكذبه » فبين أن الزنا لا يتحقق من هذه الأعضاء الا لمعاونة الفرج ، فاذا احتمل الزنا بهذه الأعضاء هذين الاحتمالين لم يكن اضافة الزنا اليها صريحا فى القـذف ، كقوله : يا حلال ابن الحلال ، ولأنه لو قال : زنت عينى أو رجلى لم يكن ذلك اقرارا منه بالزنا . فاذا أضاف ذلك الى غيره لم يكن صريحا فى القذف ، فاذا قلنا : انه صريح فادعى أنه لم يرد بها الزنا الحقيقى لم يقبل منه ، وان قلنا : انه كناية ، رجع اليه فان قال : أردت به الزنا الحقيقى لزمه حـد القذف ، وان قال : لم أرد الزنا الحقيقى : فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أعلم بما أراد . وان قال لرجل : زنى بدنك قال الشيخ أبو اسحق هنا : فهل هو صريح أو كناية ؟ فيه وجهان ، والذى يقتضى المذهب فى هذا أن يقال : ينبى على الوجهين الأولين ــ فان قلنا : انه اذا أضاف الزنا الى عضو من أعضاء البدن غير القبل أو الدبر يكون صريحا فى القذف ، فها هنا يكون صريحـا وجها واحدا . وان قلنا هناك كناية ، فها هنا وجهان أحدهما : أنه صريح فى القذف لأنه أضاف الزنا الى جميع البدن ، والزنا بجميع البدن انما يكون بالمباشرة فلم يكن صريحا فى القذف .

فـــرع وان قال للخنثى المشكل : زنيت أو يا زان كان صريحا فى القذف ، لأنه رماه بالفاحشة ، وان قال له : زنى فرجك أو ذكرك فالذى يقتضي المذهب أنه يكون فيه وجهان ، أحدهما : أنه صريح . والثانى : أنه كناية ، كما لو أضاف الزنا الى اليد أو الرجل من المرأة أو الرجل ، لأن كل واحد منهما يحتمل أن يكون عضوا زائدا ، فهو كسائر أعضاء البدن . فان

قال له : زنى دبرك كان صريحا فى القذف لأن اضافة الزنا الى الدبر من الرجل والمرأة صريح فى القذف : ولابد أن يكون للخنثى أحدهما •

فــــرع وان قال : فلانة لا ترد يد لامس ، لم يكن صريحا فى القذف لأن رجلا قال : يا رسول الله ان امرأتى لا ترد يد لامس ، ولم يجعله النبى صلى الله عليه وسلم قاذفا لها بذلك •

فــــرع اذا قال لامرأته : زنى بك رجل وأنت مكرهة • كان قاذفا لرجل غير معين ، ولا يجب عليه الحد ، لأنه غير معين فلا يكون قاذفا للمرأة ، لأنه رماها بوطء ليست بزانية فيه ، وهل يعزر لها ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يعزر ، لأنه رماها بوطء لا حد عليها فيه ولا عار • والثانى : يعزر لأنه قد أذاها بحصول ما هو حرام فى رحمها ، وذلك طعن عليها فيلزمه التعزير لها •

فــــرع وان قال : زنيت بفلان ـــ وهو صبى يجامع مثله ـــ كان قاذفا لها ، لأنه يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها ، وان كان صبيا لا يجامع مثله لم يكن قاذفا لها لأن القذف ما احتمل الصدق والكذب ، وفى هذا الموضع يعلم كذبه لا غير فلم يكن قاذفا ، وان قال لامرأة ركبت رجلا حتى دخل ذكره فى فرجك كان قاذفا لها ، لأنه رماها بالفاحشة • وان قال لامرأة : ساحقت فلانة أو زنيت بفلانة ، لم يكن قاذفا لها ، لأنه لو تحقق ذلك منهمـــا لم يجب عليهما الحــــد ، فلم يكن قاذفا بذلك ، ويعزر لأنه أذاها بذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان اتت امراته بولد فقال : ليس منى : لم يكن قاذفا من غير نية ، لجواز ان يكون معنـــاه ليس منى خلقا او خلقـــا او من زوج غيرى ، أو من وطء شبهة أو مستمار • وان نفى نسب ولده باللعان فقـــال رجل لهذا الولد : لست بابن فلان ، لم يكن قذفا لأنه صادق فى الظاهر أنه ليس منه ، لأنه منفى عنه • قال الشـــافعى رحمه الله : اذا اقر بنسب ولد

فقال له رجل : لست بابن فلان ، فهو قذف . وقال فى الزوج اذا قال للولد الذى اقر به : لست بابنى ، انه ليس بقذف . وأختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال : ان أراد القذف فهو قذف فى المسئلتين . وان لم يرد القذف فليس بقذف فى المسئلتين وحمل جوابه فى المسئلتين على هذين الحالين ، ومن اصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الأخرى ، وجعلهما على قولين احدهما : انه ليس بقذف فيهما ، لجواز ان يكون معناه لست بابن فلان ، أو لست بابنى خلقا او خلقا . والثانى : انه قذف لأن الظاهر منه النفى والقذف . ومن اصحابنا من قال : ليس بقذف من الزوج ، وهو قذف من الأجنبى ، لأن الأب يحتاج الى تأديب ولده فيقول لست بابنى مبالغة ، فى تأديبه . والأجنبى غير محتاج الى تأديبه فجعل قذفا منه .

الشرح قال الشافعى رحمه الله : (ولو ولدت امرأته ولدا فقال : ليس بابنى ، فلا حد ولا لعان حتى ينفيه) وجملة ذلك ان الرجل اذا أتت امرأته بولد فقال : هذا الولد ليس منى أو ليس بابنى فانه لا يكون قاذفا بظاهر هذا القول ، لأنه يحتمل أنه أراد ليس منى أو ليس بابنى أنه من الزنا ، ويحتمل أنه ليس منى أو ليس بابنى أنه لا يشبهنى فى خلقى ، ويحتمل أنه ليس منى أو ليس بابنى بل من زوج قبلى ، ويحتمل أنه ليس منى أو ليس بابنى لأنها استعارته أو التقطته . واذا احتمل هذا القول القذف وغيره لم يكن قذفا بظاهره ، كما لو قال له : يا حلال ابن الحلال . فانه يحتمل أن يكون أبوه اسمه حلالا ويرجع فى تفسير ذلك اليه . فان قال : أردت أنه من الزنا كان قاذفا لها ، وان قال : أردت أنه ليس بابنى لأنه لا يشبهنى خلقا ولا خلقا فان صدقته على ذلك فلا كلام والا كان القول قوله مع يمينه لأنه أعلم بما أراد به . وان قال : أردت أنه من زوج قبلى ــ فان لم يعرف لها زوج قبله ــ قيل له : لا يقبل منك هذا التفسير لأنك فسرته بما لا يحتمل ، فعليك أن تفسره بما يحتمل : فان كان قد عرف لها زوج قبله وصدقته على انه أراد به ذلك لم يكن قذفا ، والكلام فى نفى نسب الولد عنه قد مضى فى اللعان وان كذبته فى ذلك وقالت : ما أردت الا القذف ، كان القول قوله مع يمينه ، لأنه أعلم بما أراد ، وان قال : أردت أنه ليس بابنى بل استعارته والتقطته ، وصدقته على أنه أراد ذلك أو كذبته ، وحلف أنه أراد ذلك لم يكن قاذفا لها ، والكلام فى نفى نسبه عنه قد مضى .

فــــرع وان قذف رجل زوجته ونفى نسب ولدها باللعان ، ثم قال رجل أجنبى لذلك الولد : لست بابن فلان ، لم يكن صريحا فى القذف ، لأنه يحتمل أنه أراد لست بابن فلان لأنه لا بنوة بينكما ، ويحتمل أنه أراد ، لست بابن فلان بل انك من الزنا ، فيرجع اليه ، فان قال : أردت أنه ليس بابنه لأنه لا بنوة بينهما فى الشرع فصدقته المرأة على ذلك أو كذبته ، وحلف على ذلك لم يكن قاذفا لها • وان قال : أردت أنك لست بابنه بل من الزنا ، كان قاذفا للمرأة فيجب لها عليه حد القذف ، وان قذف امرأته ونفى نسب ولدها باللعان ثم أكذب نفسه لحقه نسب الولد ، فان قال رجل أجنبى لهذا الولد بعد أن اكذب الزوج نفسه : لست بابن فلان ، قال الشافعى رضى الله عنه : (حد) وقال فى الزوج اذا قال لهذا الولد : لست بابنى (لا يكون صريحا فى القذف ، وانما يرجع اليه فى التفسير) واختلف أصحابنا فيهما على أربع طرق :

١ ــ فمنهم من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلها على قولين ، أحدهما : أنه صريح فى القذف منهما لأن الظاهر من هذا القول نفى النسب ، والثانى : أنه كناية منهما ، لأنه يحتمل أنه أراد ليس بابنه أى لا يشبهه فى الخلق أو فى الخلق •

٢ ــ ومنهم من قال : هو كناية منهما ، لأنه يحتمل القذف وغيره ، فاذا احتملتهما لم يجعل قذفا بظاهره وحمل كلامه فى الأجنبى عليه اذا اعترف أنه أراد به القذف ، وقوله فى الأب : اذا لم يعترف أنه لم يرد القذف •

٣ ــ ومنهم من حملهما على ظاهرهما ، فيجعل ذلك كناية من الأب لأنه قد يحتاج الى تأديب ولده بالفعل والقول ، فيقول : لست بابنى • على سبيل الردع والزجر وجعل ذلك صريحا فى الأجنبى • لأنه ليس له أن يؤدب ولد غيره بفعل ولا قول •

٤ ــ وقال أبو اسحق المروزى : هى على اختلاف حالين فحيث جعله كناية ، أراد به اذا قال ذلك قبل استقرار نسب الولد ، بأن يقول الأب أو

الأجنبى حال وضع الولد ذلك ، لأنه لا يستقر نسبه من الأب ، اذ له أن ينفيه باللعان ، وحيث جعله صريحا أراد اذا قال ذلك الأب أو الأجنبى بعد استقرار نسب الولد بتكذيب الأب لنفسه بعد ذلك ، لأنه لا سبيل الى نفيه بحال ــ هكذا قال فى تعليقه على مختصر المزنى ، وقال الشـيخ أبو حامد الاسفراينى فى التعليق على التعليقة : وهذه أسد الطرق • والله أعلم •

وقال القرطبى : اتفق العلماء على أنه اذا صرح بالزنا كان قذفا ورميـا موجبا للحد فان عرض ولم يصرح فقال مالك : هو قذف • وقال الشافعى وأبو حنيفة : لا يكون قذفا حتى يقول : رددت به القذف ، والدليل لمـا قاله مالك هو أن موضوع الحد فى القذف انما هو لازالة المعرة التى أوقعها القاذف بالمقـذوف ، فاذا حصلت المعرة بالتعـريض وجب أن يكون قذفا كالتصريح ، والمعول على الفهم ، وقد قال مخبرا عن شعيب : « انك لأنت الحليم الرشيد » أى السفيه الضال • فعرضوا له بالسب بكلام ظاهره المدح فى أحـد التأويلات • وقال تعـالى فى أبى جهل : « ذق انك أنت العزيز الكريم » وقال حكاية عن مريم : « يا أخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء ، وما كانت أمك بغيا » فمدحوا أباها ونفوا عن أمها البغاء ، أى الزنا وعرضوا لمريم بذلك ، ولذلك قال تعـالى : « وبكفرهم وقولهم على مريم بهتـانا عظيما » والبهتان العظيم هو التعريض لها ، أى ما كان أبوك امرأ سـوء وما كانت أمك بغيا ، أى أنت بخلافهما ، وقد أتيت بهذا الولد • وقد حبس عمر رضي الله عنه الحطيئة لما قال :

دع المكارم لا ترحل لبغيتهـا واقعد فانك أنت الطاعم الكاسى

لأنه شبهه بالنساء فى أنهن يطعمن ويكسين ويسقين

قلت : وهذا الكلام كله لا ينبنى عليه حكم الأخذ بالمجازات والكنايات، وكل لفظ له اكثر من معنى فانه يحتمل ما يقوم به الحد وما لا ، فان عين المتكلم مراده ، رتبنا الحكم عليه اما باقامة الحد ، واما بعدمه • وفى سنن الدراقطنى أن عمر كان يقيم الحد بالتعريض وأقام على من قال : ان أمى لم تزن وان أبى لم يزن ، لأنه عرض بأب وأم من يخاطبه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال لعربي يا نبطي فان اراد نبطي اللسان او نبطي الدار ـ لم يكن قذفا ، وان اراد نفي نسبه من العرب ، ففيه وجهان احدهما انه ليس بقذف ، لأن الله تعالى علق الحد على الزنا ، فقال : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » وشهادة الأربعة يحتاج اليها في اثبات الزنا . والثاني انه يجب به الحد لما روى الأشعث بن قيس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا اوتى برجل يقول ان كنانة ليست من قريش الا جلدته » وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال : « لا حد الا في اثنتين ، قذف محصنة ، ونفي رجل من أبيه » .

فصـــل ومن لا يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف او للتعريض بالقذف من غير نية عزر ، لأنه آذى من لا يجوز اذاه ، وان قال لامرأته استكرهت على الزنا ففيه وجهان احدهما : انه يعزر لأنه يلحقها بذلك عار عند الناس . والثاني : انه لا يعزر لانه لا عار عليها في الشريعة بما فعل بها مستكرهة .

الشرح حديث الأشعث بن قيس أخرجه ابن ماجه في الحدود من طريق حماد بن سلمة عن عقيل بن طلحة السلمي عن مسلم بن هيصم عن الأشعث بن قيس قال : « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم في وفد كندة ولا يروني الا أفضلهم فقلت : يا رسول الله ألستم منا ؟ فقال : نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفو أمنا ولا ننتفي من أبينا . قال : فكان الأشعث بن قيس يقول : لا أوتى برجل نفى رجلا من قريش من النضر بن كنانة الا جلدته الحد » قال في مجمع الزوائد : هذا اسناد صحيح رجاله ثقات لأن عقيل ابن طلحة وثقه ابن معين والنسائي ، وذكره ابن حبان في الثقات ، وباقي رجال الاسناد على شرط مسلم .

وعبارة المصنف فيها اضافة كوم الأشعث الى النبي صلى الله عليه وسلم وليس كذلك ، فانه من كلامه هو ولم يرفعه .

اما اللغات فالنبطي نسبة الى جماعات تشبه البدو ، وهم ينزلون

العراق بين العراقين وقد سموا نبطـا ، لأنهم كانوا يستنبطون المـاء أى يستخرجونه من الأرض • وقد مضى بحثه فى السير •

اما الأحكام فان قال العربى : يا نبطى ، لم يكن قاذفا بظاهر هـذا الكلام ، لأنه محتمل القذف وغيره ، فيرجع اليه فى تفسـيره ، فان قال : أردت أنه نبطى اللسان ، لأنه لا فصاحة له ، أو نبطى الدار لأنه ولد فى دراهم ؛ وصدقه المقذوف أنه أراد ذلك أو كذبه ، وحلف القاذف أنه أراد ذلك ، لم يلزمه الحد ، ولكن يلزمه التعزير ، لأنه قد أوهم أنه قذفه ، وان قال : أردت أن جدته زنت بنبطى وأتت بأبيه من نبطى ، أو أن أمه زنت بنبطى وأتت به منه فقد قذف جدته وأمه ، فان كانت محصنة وجب لهـا عليه حد القذف وان كانت غير محصنه لم يجب عليه حد القذف ، وان قال : أردت نفى نسبه من العرب الى النبط بغير زنا ، ففيه وجهان أحدهمـا : لا يجب عليه وبه قال أبو حنيفة ، لمـا روى أن ابن عبـاس سئل عمن قال لنبطى : يا عربى ، فقال : لا حد عليه ، وعن الشعبى أنه قال : كلنا أنباط : يريد به فى الأصل ، ولأن الله أوجب حد القذف بالقذف فى الزنا ، وهذا لم يقذف بالزنا فلم يجب عليه الحد • والثانى : يجب عليه الحد ، وهو ظاهر النص ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : فان قال : عنيت نبطى الدار أو اللسان ، أحلفته ما أراد أن ينسبه الى النبط ، فان نكل حلف المقـذوف لقد أراد نفسـه ، وحد له ، وبه قال مالك وابن أبى ليلى والليث وأحمـد واسحق ، وهو اختيار ابن الصباغ لما روى عن الأشعث بن قيس عند ابن ماجه أنه قال : « لا أوتى برجل يقـول : ان كنـانة ليست من قريش الا جلدته » وقول ابن مسعود فى مسند أحمد وغيره : « لا حد الا فى اثنتين ، قذف محصنة ، أو نفى رجل من أبيه » قال المسعودى : فان قال لقرشى : لست من قريش ، أو لتيمى : لست من تيم نظرت ــ فان قال : أردت به أنه ليس من صلب قريش ــ لم يصدق ، وكان قاذفا ، وان قال : أردت أن واحدة من أمهاته فى الجاهلية زانية لم يكن قذفا لأنها غير محصنة ، وان قال : أردت أن واحدة من أمهاته فى الاسلام زانية لم يكن قذفا لأنهـا غير معينة ، فصار كما لو قال : فى هذا البلد زان •

فــــرع ومن قذف غير محصن بالزنا أو عرض لقذف للمحصن لم يقر أنه أراد به الزنا ، فانه يعزر على ذلك لأنه أذاه بذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وما يجب بالقذف من الحد او التعزير بالأذى فهو حق للمقذوف ، يستوفى اذا طالب به ويسقط اذا عفا عنه ، والدليل عليه ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((أيعجز احدكم أن يكون كأبى ضمضم ، كان يقول : تصدقت بعرضى)) والتصدق بالعرض لا يكون الا بالعفو عما يجب له ، ولأنه لا خلاف أنه لا يستوفى الا بمطالبته ، فكان له العفو كالقصاص ، ولن قال لغيره : اقذفنى فقذفه ففيه وجهان احدهما : انه لا حد عليه ، لأنه حق له فسقط باذنه كالقصاص • والثانى : أنه يجب عليه الحد ، لأن العار يلحق بالعشيرة ، فلا يملك الاذن فيه : واذا أسقط الاذن وجب الحد ، ومن وجب له الحد أو التعزير لم يجز أن يستوفى الا بحضرة السلطان ، لأنه يحتاج الى الإجتهاد ويدخله التخفيف ، فلو فوض الى المقذوف لم يؤمن أن يحيف للتشفى •

فصــــل وان مات من له الحد او التعزير ـ وهو ممن يورث ـ انتقل ذلك الى الوارث ، وفيمن يرثه ثلاثة أوجه ، احدها : انه يرثه جميع الورثة لأنه موروث فكان لجميع الورثة كالمال • والثانى : انه لجميع الورثة الا لمن يرث بالزوجية ، لأن الحد يجب لدفع العار ، ولا يلحق الزوج عار بعد الموت ، لأنه لا تبقى زوجية • والثالث : انه يرثه العصبات دون غيرهم ، لأنه حق ثبت لدفع العار ، فاختص به العصبات كولاية النكاح ، وان كان له وارثان فعفا أحدهما ثبت للآخر جميع الحد • لأنه جعل للردع ، ولا يحصل الردع الا بما جعله الله عز وجل للردع ، وان لم يكن له وارث فهو للمسلمين ، ويستوفيه السلطان •

فصــــل وان جن من له الحد أو التعزير لم يكن لوليه ان يطالبه باستيفائه ، لأنه حق يجب للتشفى ودرك الغيظ ، فاخر الى الافاقة كالقصاص، وان قذف ، مملوكا كانت المطالبة بالتعزير للمملوك دون السيد ، لأنه ليس بمال ، ولا له بدل هو مال : فلم يكن للسيد فيه حق كفسخ النكاح اذا عتقت الأمة تحت عبد • وان مات المملوك ففى التعزير ثلاثة أوجه ، احدها : انه يسقط لأنه لا يستحق عنه بالارث ، فلا يستحق المولى ، لأنه لو ملك بحق الملك لملك فى حياته • والثانى : انه للمولى لأنه حق ثبت للمملوك فكان المولى

احق به بعد الموت ، كمال المكاتب . والثالث : انه ينتقل الى عصباته لانه حق ثبت لنفى العار ، فكان عصباته احق به .

الشرح قال الحافظ أبو عمر ابن عبد البر فى الاستيعاب : (أبو ضمضم . غير منسوب . روى عنه الحسن بن أبى الحسن وقتادة أنه قال : اللهم انى قد تصدقت بعرضى على عبادك . وروى من حديث ثابت عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ألا تحبون أن تكونوا كأبى ضمضم . وذكر أبو يحيى الساجى قال : أخبرنا السرى بن عاصم ، حدثنا أبو النضر هاشم بن قاسم ، عن محمد بن عبد الله العمى ، عن ثابت ، عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا تحبون أن تكونوا كأبى ضمضم ؟ قالوا : يا رسول الله : ومن أبو ضمضم ؟ قال : ان أبا ضمضم كان اذا أصبح قال : اللهم انى تصدقت بعرضى على من ظلمنى .

روى ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه ، أن رجلا من المسلمين قال : اللهم انه ليس لى مال أتصدق به ، وانى قد جعلت عرضى صدقة لله عز وجل لمن أصاب منه شيئا من المسلمين ، قال : فأوجب النبى صلى الله عليه وسلم أنه قد غفر له . أظنه أبا ضمضم المذكور . فالله أعلم ا هـ) .

أما اللغات فقد قال ابن بطال الركبى فى شرح غريب المهذب : (قوله : تصدقت بعرضى) قال أبو بكر بن الأنبارى قال أبو العباس : العرض موضع الذم والمدح من الانسان ، ومعناه أموره التى يرتفع بها أو يسقط بذكرها ومن جهتها يحمد أو يذم ، ويجوز أن يكون ذكر أسلافه ، لأنه يلحقه النقيصة بعيبهم ، وقال ابن قتيبة : عرض الرجل نفسه . واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم : « أهل الجنة لا يبولون ولا يتغوطون انما هو عرق يخرج من أعراضهم مثل المسك » أى أبدانهم ، واحتج بهذا الحديث المذكور ، تصدقت بعرضى أن بنفسى وأحللت من يغتابنى ، قال : ولو كان العرض الأسلاف لما جاز له أن يحل من يغتابهم وله كلام يطول . ا هـ .

اما الأحكام فان حد القذف للمقذوف لا يستوفى الا بمطالبته

ويسقط بعفوه أو استبرائه كما مضى كلامنا فى هذا الباب وأقوال الفقهاء مع أدلتهم • فان مات قبل الاستيفاء أو العفو وابرائه ورث عنه • وقال أبو حنيفة : حد القذف حق لله تعالى الا أنه وافقنا أنه لا يستوفى الا بمطالبته ، دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » فأضاف العرض الينا ، والحد انما يجب بتناول العرض ، فاذا كان العرض للمقذوف وجب أن يكون ما وجب فى مقابلته له كما أنه أضاف الدم والمال الينا ، ثم الدم والمال ملك لنا ، وما وجب فى مقابلتهما ملك لنا ، وأيضا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أيعجز أحدكم أن يكون كأبى ضمضم كان يقول : تصدقت بعرضى » والتصدق بالعرض لا يكون الا بالعفو عما وجب له فيه ، ولأنه حق على البدن اذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع ، فكان للآدمى كالقصاص ، وفيه احتراز من حد الزنا وحد الشرب ، ولأنه لا خلاف أنه لا يستوفى الا بمطالبة الآدمى ، فكان حقا له كالقصاص •

فرع اذا قال رجل لآخر : اقذفنى فقذفه ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه الحد ، كما لو قال له : اقطع يدى فقطع يده ، فانه لا يجب عليه القصاص • والثانى : يجب عليه الحد ، لأن العار يلحق بعشيرته ، فلم يملك الاذن فيه ، وان قذف حيا محصنا فمات المقذوف قبل استيفاء الحد أو العفو ، فقد قلنا : انه ينتقل الى وارثه • وفيمن يرث ذلك ثلاثة أوجه ، أحدها : يرثه جميع الورثة لأنه موروث فكان لجميع الورثة كالمال • والثانى : أنه يرثه جميع الورثة الا من يرثه بالزوجية لأنه لا يرث ، لأن الحد يجب لدفع العار ، ولا يلحق أحد الزوجين عار الآخر بعد الموت ، لأنه لا زوجية بينهما بعد الموت • والثالث : يرثه من كان يرثه من الرجال بالتعصيب ، لأنه ثبت لدفع العار ، فاختص به رجال العصبات كولاية النكاح ، وان قذف ميتا كان الحد لورثته ، فان كان فى الورثة زوج أو زوجة — فان قلنا : انه اذا قذف حيا ثم مات لم يورث الحد عنه بالزوجية فها هنا أولى • وان قلنا هناك : يورث عنه بالزوجية فها هنا وجهان ، والفرق بينهما أن هناك الزوجية كانت عند ثبوت الحد عنه ، وها هنا الزوجية قد

ارتفعت بالموت ، فلا يثبت الباقى منها بالارث بالزوجية . واذا انتقل الحد الى جماعة من الورثة فعفا بعضهم عن حقه من الحد ثبت جميع الحد لباقى الورثة ، لأن الحد جعل للردع ، ولا يحصل الردع الا بما جعله الله تعالى للردع ، هـذا طريق أصحابنا العراقيين ، وأما طريق أصحابنا الخراسانيين ففيه ثلاثة أوجه أحدها : أن لباقى الورثة أن يستوفوه جميع الحد كما ذكرناه . والثانى : يسقط جميع الحد كما قلنا فى القصاص . والثالث : يسقط فى الحد حصة العافى دون الباقى كالدين والدية . وان قذف رجلا فمات المقذوف ، ولا وارث له ، أو قذفه بعد موته ولا وارث له معين ثبت الحد للمسلمين ، ويستوفيه السلطان لأنه ينوب عنهم فى الاستيفاء كما ينوب عنهم فى القصاص .

فـــرع وان قذف مملوكا ثبتت المطالبة بالتعزير للمملوك والعفو عنه دون السيد ، لأنه ليس بمال ولا له بدل هو المال . فكان للمملوك دون السيد كفسخ النكاح بالعيب ، فان مات المملوك قبل الاستيفاء أو العفو ففيه ثلاثة أوجه أحدها : أنه ينتقل الى مولاه لأنه ثبت للعبد فانتقل الى مولاه بموته كمال المكاتب . والثانى : يسقط لأن العبد لا يورث والمولى يملك عنه من جهة الملك ، فلما لم يملك ذلك فى حياته لم يملكه عنه بعد موته . والثالث : يكون لعصباته ، لأنه ثبت لنفى العار ، فكان عصباته حق به ، وان ثبت الحد لرجل فجن أن أغمى عليه قبل الاستيفاء أو العفو لم يكن لوليه استيفاؤه ، لأنه حق ثبت للتشفى ، فلم يكن لوليه استيفاؤه فى حال الجنون والاغماء كالقصاص .

فـــرع اذا قال الرجل : زنيت بفلانة ، وجب عليه حد الزنا ، فان كانت المرأة محصنة وجب لها عليه حد القذف ، فلو قال الرجل . كذبت لم أزن بها سقط عنه حد الزنا ، لأنه اذا ثبت بالاقرار فانه يسقط بالرجوع ، وهل يسقط عنه حد القذف ؟ فيـه قولان حكاهما الطبرى فى العـدة ، أحدهما : لا يسقط لأنه حق للمرمى ، فلم يسقط بالرجوع كما لو رماها بالزنا بغيره ثم أكذب نفسه ، والثانى : يسقط عنه ، لأن قوله زنيت بفلانة اقرار واحد وكلام واحد ، والمقصود منه الاقرار بالزنا ، فاذا رجع فى الزنا قبل رجوعه فى جميع موجب الاقرار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قذف جماعة نظرت ــ فان كانوا جماعة لا يجوز ان يكونوا كلهم زناة كاهل بغداد ــ لم يجب الحد ، لأن الحد يجب لنفي العار ، ولا عار على المقذوف ، لأنا نقطع بكذبه : ويعزر للكذب ، وان كانت جماعة يجوز ان يكونوا كلهم زناة نظرت ــ فان كان قد قذف كل واحد منهم على الانفراد ــ وجب لكل واحد منهم حد ، وان قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان ، قال في القديم : يجب حد واحد ، لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد ، كما لو قذف امرأة واحدة . وقال في الجديد : يجب لكل واحد منهم حد ، وهو الصحيح ، لانه ألحق العار بقذف كل واحد منهم . فلزمه لكل واحد منهم حد . كما لو افرد كل واحد منهم بالقذف . فان قذف زوجته برجل ولم يلاعن ففيه طريقان ، من اصحابنا من قال : هي على قولين ، كما لو قذف رجلين أو امرأتين : ومنهم من قال : يجب حد واحد قولا واحدا . لأن القذف هنا بزنا واحد ، والقذف هناك بزناءين . فان ــ وجب عليه حد لاثنين ــ فان وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحا ــ قدم السابق منهما ، لأن حقه أسبق ، وان وجب عليه لهما في حالة واحدة بأن قذفهما معا وتشاحا اقرع بينهما ، لانه لا مزية لاحدهما على الآخر فقدم بالقرعة ، وان قال لزوجته يا زانية بنت الزانية ــ وهما محصنتان ــ لزمه حدان ، ومن حضر منهما وطالبت بحدها حد لها ، وان حضرتا وطالبتا بحدهما ففيه وجهان ، احدهما : انه يبدأ بحد البنت لانه بدا بقذفها . والثاني ــ وهو المذهب ــ انه يبدا بحد الأم لأن حدها مجمع عليه ، وحد البنت مختلف فيه لأن عند ابي حنيفة لا يجب على الزوج بقذف زوجته حد ؟ ولأن حد الأم آكد ، لانه لا يسقط الا بالبينة وحد البنت يسقط بالبينة وباللعان ، فقدم آكدهما .

فصـــل وان وجب حدان على حر لاثنين فحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الأول ، لأن الموالاة بينهما تؤدي الى التلف . وان كان الحدان على عبد ففيه وجهان ، احدهما : انه لا يجوز الموالاة بينهما . كما لو كانا على حر . والثاني : انه يجوز لأن الحدين على العبد كالحد الواحد .

الشرح اذا قذف الرجل جماعة رجال أو جماعة نساء فان قذف كل واحد منهم بكلمة ، بأن قال لكل واحد منهم : زنيت أو يا زاني ، وجب لكل واحد منهم حد ، وان قذفهم بكلمة واحدة نظرت ــ فان كانوا جماعة لا يجوز أن يكونوا كلهم زناة ، كأهل اليمن أو أهل بغداد أو أهل القاهرة ــ لم يجب عليه حد القذف ، لأن القذف هو ما احتمل الصدق والكذب ،

فنحن نقطع بكذبه ها هنا ، ويعزر على الكذب لحق الله تعالى ، وان كانوا جماعة يجوز أن يكونوا زناة كالعشرة والمائة وما أشبه ذلك ففيه قولان ، قال فى القديم : يجب لهم حد واحد لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ، فاجلدوهم [1] الآية » .

فان وجب ثمانون جلدة بقذف المحصنات ، فذلك اسم للجمع ، ولأن الحق يجب على القاذف لازالة المعرة عن المقذوف ، والمعرة تزول عن الجماعة اذا جلد القاذف ثمانين جلدة ، ولأن الحدود اذا كانت من جنس واحد تداخلت كما لو زنى ثم زنى . وقال فى الحد : يجب لكل واحد منهم حد ، وهو الصحيح ، لأنها حقوق مقصودة لآدميين ، فاذا ترادفت لم تتداخل كالقصاص ، فقولنا : مقصودة ، احتراز من الآجال فى الديون ، وقولنا : للآدميين ، احتراز من الحدود لله تعالى . وأما الآية فلم تتضمن قذف الواحد لجماعة من المحصنات ، وانما تضمنت قذف جماعة لجماعة ، لأنه قال : « والذين يرمون ــ الآية » .

فــرع واذا قال لزوجته وأجنبية : زنيتما ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فمنهم من قال : فيه قولان ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : يجب لكل واحدة منهما ها هنا حد قولا واحدا ، لأن مخرجه عن قذفه لهما مختلف ، لأن حد الأجنبية لا يسقط الا بالبينة أو اقرار المقذوف ، وحد الزوجة يسقط بالبينة أو باللعان . وان قال لزوجته : زنيت بفلان ــ فلم يلاعن ــ فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان ، ومنهم من قال : يجب لهما حد واحد قولا واحدا . هذا اذا اجتمعا على المطالبة ، فأما اذا جاءت الزوجة فطالبت بحدها فحد لها ، ثم جاء الرجل فطالب بحده ، بنى على ما يجب عليه لهما ، فان قلنا : يجب لهما حدان ، حد لهما حدا آخر ، وان قلنا : لا يجب لهما الا حد واحد لم يحد له ها هنا ، وان عفت عن حدها سقط حقه ، لأنهما حقان لآدميين فلم يسقط أحدهما بسقوط حق الآخر كالديون ، فيحد له اذا طلب .

---

(١) الآية ٤ من سورة النور .

فـــــرع واذا وجب على القاذف حدان لاثنين نظرت ــ فان وجب لأحدهما بعد الآخر ــ حد للأول ثم حد للثاني ، لأن حق الأول سابق : فان كان المحدود حرا لم يحد له حتى يبرأ ظهره من ألم حد الأول ، لأن الموالاة بينهما ربما أدت الى قتله ، وان كان عبدا ففيه وجهان ، أحدهما : لا يوالى بينهما ، كما قلنا في الحد ، والثاني : يوالى بينهما لأنهما كالحد الواحد على الحر . وان وجب لهما الحد في حالة واحدة أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حد له ولا كلام . والكلام في الموالاة على ما مضى فان قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية ، فقد قذف شخصين بكلمتين ، فيجب لكل واحد حد : فان جاءت احداهما تطالبه بحدها ، والأخرى غائبة أو حاضرة ولم تطالب حد للتي طلبت بحدها ، وان جاءتا وطلبت كل واحدة بحدها ففيه وجهان من أصحابنا من قال : يبدأ بحد البنت ، لأنه بدأ بقذفها . والثاني ــ وهو المنصوص : أنه يبدأ بحد الأم لأن حدها مجمع عليه ، وحد البنت مختلف في وجوبه ، ولأن حد الأم آكد ، لأنه لا يسقط الا بالبينة ، وحد البنت يسقط بالبينة واللعان ، وان قال لها : يا زانية وبنت الزانيين وجب لها حد ، وهل يجب للأبوين حد أو حدان ؟ على قولين ، والكلام في الاستيفاء على ما مضى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان قذف اجنبيا فحد ، ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا عزر للأذى ولم يحد ، لأن ابا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضى الله عنه ، ثم اعاد القذف وأراد ان يجلده فقال له على كرم الله وجهه : ان كنت تريد ان تجلده فارجم صاحبك ، فترك عمر رضى الله عنه جلده ، ولأنه قد حصل التكذيب بالحد ، وان قذفه بزنا ثم قذفه بزنا آخر قبل أن يقام عليه الحد ففيه قولان ، احدهما : انه يجب عليه حدان ، لأنه من حقوق الآدميين فلم تتداخل كالديون . والثاني : يلزمه حد واحد وهو الصحيح ، لأنهما حدان من جنس واحد لمستحق واحد فتداخلا ، كما لو زنى ثم زنى . وان قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا اضافه الى ما قبل اللعان ، ففيه وجهان احدهما : انه لا يجب عليه الحد ، لأن اللعان في حق الزوج كالبينة ، ولو اقام عليها البينة ثم قذفها لم يلزمه الحد ، فكذلك اذا لاعنها . والثاني : انه

يجب عليه الحد ، لأن اللعان انما يسقط احصانها فى الحالة التى يوجد فيها وما بعدها ولا يسقط فيما تقدم ، فوجب الحد بما رماها به . وان قذف زوجته وتلاعنا ثم قذفها أجنبي وجب عليه الحد ، لأن اللعان يسقط الاحصان فى حق الزوج : لأنه بينة يختص بها فأما فى حق الأجنبى فهى باقية على احصانها فوجب عليه الحد بقذفها ، وان قذفها الزوج ولاعنها ولم تلاعن فحدت ، ثم قذفها الأجنبى بذلك الزنا ففيه وجهان ، احدهما : انه لا حد عليه ، لأنه قذفها بزنا حدت فيه فلم يجب كما لو اقيم عليها الحد بالبينة . والثانى : انه يجب لأن اللعان يختص به الزوج ، فزال به الاحصان فى حقه ، وبقى فى حق الأجنبى .

فصل اذا سمع السلطان رجلا يقول : زنى رجل ، لم يقم عليه الحد لأن المستحق مجهول ، ولا يطالبه بتعيينه ، لقوله عز وجل : « لا تسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم(١) » لأن الحد يدرأ بالشبهة ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : « الا سترته بثوبك يا هزال » وان قال : سمعت رجلا يقول : ان فلانا زنى لم يحد ، لأنه ليس بقاذف ، وانما هو حاك ، ولا يسأله عن القاذف لأن الحد يدرأ بالشبهة ، وان قال : زنى فلان ، فهل يلزم السلطان ان يسأل المقذوف ؟ فيه وجهان احدهما : انه يلزمه لانه قد ثبت له حق لا يعلم به فلزم الامام اعلامه ، كما لو ثبت له عنده مال لا يعلم به ، فعلى هذا ان سأل المقذوف فأكذبه وطالب بالحد حد ، وان صدقه حد المقذوف ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يا انيس اغد على امراة هذا : فان اعترفت فارجمها » والوجه الثانى : انه لا يلزم الامام اعلامه لقوله صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحد بالشبهات » .

الشرح قوله تعالى : « لا تسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم » أخرج البخارى ومسلم وغيرهما واللفظ للبخارى عن أنس قال : قال رجل : يا نبى الله من أبى ؟ قال : « أبوك فلان » قال : فنزلت : « يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم ـ الآية » وأخرج أيضا عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم وفيه « فوالله لا تسألونى عن شىء الا أخبرتكم به ما دمت فى مقامى هذا » فقام اليه رجل فقال : « أين مدخلى يا رسول الله ؟ » قال : « النار » فقام عبد الله بن حذافة فقال : من أبى يا رسول الله ؟ فقال : « أبوك حذافة » وذكر الحديث قال ابن عبد

---

(١) الآية ١٠١ من سورة المائدة .

البر : عبد الله أسلم قديما وهاجر الى أرض الحبشة الهجرة الثانية وشهد بدرا ، وكانت فيه دعابة ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسله الى كسرى بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما قال : من أبى يا رسول الله ؟ قال : « أبوك حذافة » قالت له أمه : ما سمعت بابن أعق منك ، آمنت أن تكون أمك قارفت ما يقارف نساء الجاهلية فتفضحها على أعين الناس !! فقال : والله لو ألحقنى بعبد أسود للحقت به • وروى الترمذى والدارقطنى عن على رضى الله عنه قال : لما نزلت هذه الآية : « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا » قالوا : يا رسول الله أفى كل عام ؟ فسكت ، فقالوا : أفى كل عام ؟ قال : « لا ولو قلت : نعم لوجبت » فأنزل الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا — الآية » واللفظ للدارقطنى • سئل البخارى عن هذا الحديث فقال : هو حديث حسن الا أنه مرسل أبو البخترى لم يدرك عليا واسمه سعيد • وقال الحسن البصرى : سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمور الجاهلية التى عفا الله عنها ، ولا وجه للسؤال عما عفا الله عنه ، وروى مجاهد عن ابن عباس انها نزلت فى قوم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ، وهو قول سعيد بن جبير وقال : ألا ترى أن بعده : « ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام » •

قال القرطبى : وفى الصحيح والمسند كفاية ، ويحتمل أن تكون الآية نزلت جوابا للجميع ، فيكون السؤال قريبا بعضه من بعض : أما حديث هزال الأسلمى وهو هزال بن ذياب بن يزيد روى عنه ابنه ومحمد بن المكندر حديثا واحدا • قال ابن عبد البر فى الاستيعاب : ما أظن له غيره ، قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا هزال لو سترته بردائك » قال : وبعضهم يقول : ان بين ابن المنكدر وبين هزال هذا نعيم بن هزال اهـ وفى طبقات ابن سعد بسنده عن نعيم عن أبيه هزال مرفوعا : « بئس ما صنعت بيتيمك — يعنى ما عزا — لو سترت عليه بطرف ثوبك لكان خيرا لك • قال : يا رسول الله والله ما أدرى أن فى الأمر سعة » •

أما حديث : « اغد يا أنيس » فقد خرجناه فى أول كتاب الحدود •

وحديث « ادرءوا الحدود بالشبهات » قال الشوكانى عند الكلام على حديث المنتقى : « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا » رواه ابن ماجه عن أبى هريرة وحديث : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فان كان له مخرج فخلوا سبيله — قال الامام أن يخطىء فى العفو ، خير من أن يخطىء فى العقوبة » رواه الترمذي وذكر أنه قد روى موقوفا وأن الوقف أصح ، قال : وقد روى عن غير واحد من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا ذلك قال : حديث أبى هريرة أخرجه ابن ماجه باسناد ضعيف لأنه من طريق ابراهيم بن الفضيل وهو ضعيف ، وحديث عائشة أخرجه أيضا الحاكم والبيهقى ولكن فى اسناده يزيد بن أبى زياد وهو ضعيف كما قال الترمذى وقال البخارى فيه : انه منكر الحديث ، وقال النسائى : متروك ثم قال : والصواب الموقوف كما فى رواية وكيع ، قال البيهقى : رواية وكيع أقرب الى الصواب . وفى الباب عن على مرفوعا : « ادرءوا الحدود بالشبهات » وفيه المختار بن نافع قال البخارى : وهو منكر الحديث . قال : وأصح ما فيه حديث سفيان الثورى عن عاصم عن أبى وائل عن عبد الله بن مسعود قال : « ادرءوا الحدود بالشبهات ، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم » وروى عنه عقبة بن عامر ومعاذ أيضا موقوفا ، وروى منقطعا وموقوفا على عمر . ورواه ابن حزم فى كتاب الاتصال عن عمر موقوفا عليه . قال الحافظ — يعنى ابن حجر — واسناده صحيح ورواه ابن أبى شيبة من طريق ابراهيم النخعى عن عمر بلفظ : « لأن أخطىء فى الحدود بالشبهات أحب الى من أن أقيمها بالشبهات » وفى مسند أبى حنيفة للحارثى من طريق مقسم عن ابن عباس مرفوعا بلفظ : « ادرءوا الحدود بالشبهات » اهـ .

أما واقعة المغيرة بن شعبة فذلك أنه اذا أدى الأربعة الشهادة بزنا رجل فاضطرب واحد منهم سقطت شهادتهم وعد الثلاثة قاذفين وأقيم عليهم حد القذف ، ومن ثم فقد حدث أن شهد على المغيرة بالزنا ابو بكرة نفيع بن الحارث وأخوه نافع وزياد ابن أبيه وشبل بن معبد البجلى ، فلما جاءوا لأداء الشهادة توقف زياد ولم يؤدها فجلد عمر رضى الله عنه الثلاثة ، وزياد أخى نفيع ونافع لأمهما ، وهو مستلحق معاوية ، وقد دعى بعد ذلك زياد بن

أبى سفيان • ويقـرن المؤرخون بين المغيرة وزياد فى الدهاء عنـد العرب فيقولون : دهاة العرب أربعة معاوية بن أبى سـفيان وعمرو بن العـاص والمغيرة بن شعبة وزياد •

أما معـاوية فللأناة والحلم ، وأما عمـرو فللمعضلات ، وأما المغـيرة فللمبادهة ، وأما زياد فللصغير والكبير •

والقصة يكملها المصنف هنا أن أبا بكرة أعاد القذف مرة أخرى فأراد عمر أن يجلده فكان من فقه علي رضي الله عنه وكرم الله وجهه أن اعادة الحد يقتضى تعدد الاتهام فيكون القذف هنا متمما لنصاب الشهادة ، وهو أربع لتعدد شهادته فى مجلسين الأول أقيم عليه الحد فيه ، والثـانى أريد اقامة الحد فيه ، فاذا انضمت الشهادتان الى شهادة نافع وشبل بن معبد كانت أربعا فوجب رجم المغيرة بن شعبة • أما اذا اعتبر اعادة القذف استمرارا للواقعة المحدود لها فلا يعاد الحد وانما يعزر اذا رأى الامام ذلك •

أما الأحكام فانه اذا قـذف رجل رجلا أو امرأة ليست بزوجة له بزنا ، فحد القاذف ثم قذفه بذلك الزنا الذى حد للقذف به لم يجب عليـه الحد ، وانما يعزر للأذى • وقال بعض الناس : يجب له الحد عليه • دليلنا ما روى الأثرم باسناده عن ظبيان بن عمارة قال : شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة نفر أنه زان فبلغ ذلك عمر فكبر عليه وقال : شاط ثلاثة أرباع المغيرة ابن شعبة ، وجاء زياد فقال : ما عندك ؟ فلم يثبت ، فأمر بهم فجلدوا وقال : شهود زور • فقال أبو بكرة : أليس ترضى أن أتاك رجل عدل يشهد برجمه ؟ قال : نعم والذى نفسى بيده ، فقال أبو بكرة : وأنا أشهد أنه زان ، فأراد أن يعيد عليه الجلد فقال على : يا أمير المؤمنين انك ان أعدت عليه الجلد أوجبت الرجم عليه • وفى خبر آخر : فلا يعـاد فى فرية جلد مرتين • قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله أحمد بن حنبـل قول على : ان جلدته فارجم صاحبك ؟ قال : كأنه جعل شهادته شهادة رجلين • قال أبو عبد الله : وكنت أنا أفسره على هذا حتى رأيته فى الحديث فأعجبنى • ثم قال : يقول : اذا جلدته ثانية فكأنك جعلته شاهدا آخر •

وقال فى البيان : قال على : ان جعلت قول هذا هو القذف الأول فقد حددته له ، وان جعلته استئناف شهادة أخرى فقد تمت الشهادة فارجم المغيرة ، فتركه عمر رضى الله عنه وأقرته الصحابة على ذلك ، ولأن القذف ما احتمل الصدق والكذب ، وقد علم كذبه فلا معنى لايجاب الحد عليه للثانى • وان لم يقم عليه الحد للأول أو عفا عنه المقذوف أقيم عليه الحد للثانى • وان لم يقم عليه الحد للأول ولا عفا عنه المقذوف ففيه قولان ، قال فى القديم : يجب عليه حدان ، لأنهما حقان لآدمى فلم يتداخلا كالدينين • وقال فى الجديد : يجب عليه حد واحد وهو الصحيح لأنهما حدان من جنس لمستحق واحد فتداخلا كما لو زنى ثم زنى ، أو شرب ثم شرب ، وان قذف امرأة بزنا فلم يحد لها ولم تعف عنه ثم تزوجها ثم قذفها بزنا آخر ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : فيه قولان كالأولة ومنهم من قال : يجب عليه ها هنا حدان قولا واحدا ، لأن مخرجه من القذفين مختلف •

مسألة اذا قذف الرجل امرأته أو قذفها أجنبى فأقرت بالزنا فحدت ، أو قامت البينة على زناها ثم قذفها الزوج أو غيره بذلك الزنا أو بغيره لم يجب عليه الحد لدفع المعرة عنها ، ولم تدخل عليها معرة بهذا القذف ، لأنها قد دخلت عليها بالقذف الأول ، فلم يؤثر هذا القذف شيئا • وان قذفها بزنا آخر أضافه الى حال الزوجية ، والى ما قبل القذف الأول أو بعده ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه الحد ، وانما يعزر ، لأن اللعان حجة سقط به احصانها فى حق الزوج فوجب أن يسقط احصانها فى الحال ، وفيما بعد ، وفى حال الزوجية كلها ، كما لو أقام عليها البينة ، وكما لو قذف أجنبيا فلم يطالب بحده حتى مر زمان طويل فطالب بحده ، وأقام القاذف بينة على زناه ، فان حصانته تسقط فى الحال وفيما قبل • والثانى : يجب عليه الحد ، لأن اللعان انما يسقط احصانها فى حقه فى الحالة التى توجد فيها وفيما بعدها ، ولا يسقط فيما تقدم ، فوجب عليه الحد ولا حد عليه ان رماها بذلك الزنا مرة أخرى • أما ان رماها بزنا آخر ففيه وجهان أحدهما : لا حد عليه لأنه أقام الحجة على زناها مرة كما لو أقام عليها البينة •

والثانى : يجب عليه الحد ، لأن هذا قذف بغير ذلك الزنا • وان قذف زوجته ولم يلاعن وحد لها ثم قذفها بذلك الزنا لم يحد ، وانما يعزر لما ذكرناه فى قصة المغيرة • وان قذفها بزنا آخر ففيه وجهان • أحدهما — وهو قول ابن الحداد : أنه لا يحد لها لأنه قد حد لها مرة • والثانى : يحد لها لأنه رماها بزنا آخر •

فــرع وان قذف رجل امرأته فلاعنها وأجابت لعانه ثم قذفها أجنبى نظرت — فان قذفها بزنا غير الذى قذفها به الزوج — حد لها بلا خلاف وان قذفها بالزنا الذى قذفها به الزوج حد لها وان أقام البينة على زناها فلا يحد لها بحال •

وقال أبو حنيفة : ان لاعنها الزوج ونفى حملها — وكان الحمل حيا — حد الأجنبى ، وان لم ينف حملها أو نفاه ولكن مات الولد — لم يحد لها الأجنبى • دليلنا ما روى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم : « فرق بين المتلاعنين وقضى ألا يدعى الولد لأب ، وأنها لا ترمى وولدها ، فمن رماها أو ولدها فعليه الحد » ولم يفرق بين أن يكون ولدها حيا أو ميتا ، ولأن اللعان انما جعل حجة فى حق الزوج فلم يسقط احصانها به الا فى حق الزوج •

فــرع وان قذف الرجل امرأته فلاعنها ولم يحد لها ولم ترد لعانها فحدت فى الزنا ، ثم قذفها الزوج لم يحد لها ، لأنها محدودة باقامته الحجة عليها ، فهو كما لو أقام البينة على زناها • وان قذفها أجنبى بذلك الزنا ففيه وجهان ، أحدهما : لا حد عليه ، لأنه قذفها بزنا حدت فيه فهو كما لو حدت بالبينة • والثانى : يجب عليه الحد لأن اللعان حجة يختص باقامتها الزوج فاختص بسقوط احصانها به دون الأجنبى •

مســألة قال الشافعى رحمه الله : وليس للامام اذا رمى رجل رجلا بزنا أن يبعث اليه فيسأله عن ذلك — وجملة ذلك أن السلطان أو الحاكم اذا سمع رجلا يقول : زنى رجل • لم يحده ، لأن المقذوف مجهل غير معين ، ولا يسأله عن المقذوف ، لأن الحد يدرأ بالشبهة • وان سمع رجلا

يقول : قال رجل ان فلانا زنى لم يكن قاذفا ، فانه حاك ــ فان اعترف المحكى عنه أنه قال : فلان زنى ، كان قاذفا ، وان أنكر لم يلزمه القذف بقول الذى قال سمعته وحده ، لأن القذف لا يثبت بشهادة واحدة ، ولا يلزم الحاكى بذلك شيء ، لأن كل واحد منهما يكذب صاحبه والحد يدرأ بالشبهة .

فأما اذا سمع السلطان أو الحاكم رجلا يقول : زنى فلان ــ قال الشيخ أبو حامد ــ والمستحب أن يبعث الى المقذوف ويعلمه ذلك ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أنيسا الى المرأة التى قال الرجل ان ابنى كان عسيفا على هذا ، وأنه زنى بامرأته ، فقال : « واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وقول الشافعى : (ليس للامام اذا رمى رجل رجلا عنده بالزنا أن يبعث اليه فيسأله عن ذلك) له ثلاث تأويلات ، أحدها : أن تأويله أن يذكر للامام أنه استفاض فى الناس أن فلانا زنى ، فلا يبعث اليه ، لأنه ليس له قاذف بعينه ، ويفارق حديث أنيس ، لأنه كان لها قاذف بعينه . قال أبو العباس بن سريج : تأويله أن رجلا قذف زوجته برجل بعينه فلاعن الزوج لعانا مطلقا وقلنا : ان حد الرمى سقط بلعانه ، فان الامام لا يبعث الى المرمى لأن حده سقط بلعانه ويفارق حديث أنيس فان هناك لم يسقط حدها ، وقال أبو اسحاق المروزى : تأويله اذا قذف الرجل امرأته برجل بعينه فان الامام لا يبعث الى المرمى ويعرفه بثبوت الحد قبل أن يلتعن الزوج ، لأن صحة لعانه لا تفتقر الى مطالبة المرمى به بالحد ، بل اذا طلبت المرأة بذلك فلاعنها الزوج صح اللعان وسقط حدهما ، ويفارق حديث أنيس لأن هناك لا يسقط بلعان قاذفها ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والشيخ أبو اسحق هنا فى المهذب فقد قال : هل يلزم السلطان أن يبعث الى المقذوف يعلمه بذلك ؟ فيه وجهان أحدهما : يلزم ، لأنه قد ثبت له حق لا يعلم به فلزمه اعلامه به كما لو ثبت له عنده مال لا يعلم به فان كذبه المقذوف حد القاذف له ، وان صدقه المقذوف حد المقر بالزنا . والثانى : لا يلزمه اعلامه لقوله صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا قذف محصنا وقال : قذفته وأنا ذاهب العقل ـ فان لم يعلم له حال جنون ـ فالقول قول المقذوف مع يمينه انه لا يعلم أنه مجنون ، لأن الأصل عدم الجنون . وان علم له حال جنون ، ففيه قولان بناء على القولين فى الملفوف اذا قده ، ثم اختلفا فى حياته أحدهما : ان القول قول المقذوف ، لأن الأصل الصحة . والثانى : أن القول قول القاذف ، لأنه يحتمل ما يدعيه . والأصل حمى الظهر ، ولأن الحد يسقط بالشبهة ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات ، وادرءوا الحدود ما استطعتم ، ولأن يخطىء الامام فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » .

فصل وان عرض بالقذف وادعى المقذوف انه أراد قذفه ، وانكر القاذف : فالقول قوله ، لأن ما يدعيه محتمل ، والأصل براءة ذمته .

فصل وان قال لمحصنة : زنيت فى الوقت الذى كنت فيه نصرانية أو أمة ـ فان عرف أنها كانت نصرانية أو أمة ـ لم يجب الحد ، لأنه أضاف القذف الى حال هى فيها غير محصنة ، وان قال لها . زنيت ، ثم قال : أردت فى الوقت الذى كنت فيه نصرانية أو أمة ، وقالت المقذوفة : بل أردت قذفى فى هذا الحال ، وجب الحد ، لأن الظاهر أنه أراد قذفها فى الحال ، فان قذف امرأة وادعى أنها مشركة أو أمة ، وادعت انها اسلمت أو اعتقت ، فالقول قول القاذف : لأن الأصل بقاء الشرك والرق ، وان قذف امرأة وأقر أنها كانت مسلمة وادعى أنها ارتدت وأنكرت المرأة ذلك ، فالقول قولها ، لأن الأصل بقاؤها على الاسلام . وان قذف مجهولة وادعى انها امة أو نصرانية ، وأنكرت المرأة ففيه طريقان ذكرناهما فى الجنايات .

فصل وان ادعت المرأة على زوجها انه قذفها وانكر ، فشهد شاهدان انه قذفها جاز أن يلاعن ، لأن انكاره للقذف لا يكذب ما يلاعن عليه من الزنا ، لأنه يقول : انما انكرت القذف ، وهو الرمى بالكذب ، وما كذبت عليها لأنى صادق أنها زنت ، فجاز أن يلاعن : كما لو ادعى على رجل أنه أودعه مالا فقال المدعى عليه ما لك عندى شىء ، فشهد شاهدان أنه أودعه ، فان له أن يحلف ، لأن انكاره لا يمنع الايداع ، لأنه قد يودعه ثم يتلف فلا يلزمه شىء .

الشرح الحديث مضى تخريجه فى الفصل قبله .

أما الأحكام فانه اذا أقام رجل البينـة على رجل أنه قذفه أو أقر القاذف ثم قال القاذف : قذفته وعقلي ذاهب من الجنون ، وقال المقذوف بل قذفتني وأنت ثابت العقل ، فان لم يعلم للقاذف حال جنون ، فالقول قول المقذوف مع يمينه ، لأن القاذف يدعي طرءان الجنون عليه ، والأصـل عدمه . وان عرف للقاذف حال جنون ، ففيه قولان أحدهما : أن القول قول المقذوف مع يمينه ، وهو الأصح ، لأنه قد ثبت له حال جنون ، وما يدعيه كل واحد منهما ممكن ، والأصل براءة القاذف في الحد .

فـــرع وأن قال لامرأة مسلمة : زنيت وكنت نصرانيـة يوم الزنا فقالت : صدقت كنت نصرانية ولكني ما زنيت لم يجب عليه الحـد ، لأنه أضاف الزنا الى حال ليست بمحصنة فيه ، ويعزر للأذى . وان قال زنيت ثم قال : أردت في الحال التي كنت نصرانية ، وقالت : بل أردت في الحال ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الظاهر معها ، فاذا حلفت لزمه الحد . وان قال لها : زنيت يوم كنت نصرانية وقالت : لم أكن نصرانية ، ولا بينـة معه أنها كانت نصرانية ففيه قولان ، أحدهما : القول قولها مع يمينها ، لأن الظاهر ممن بدار الاسلام أنه مسلم ، فاذا حلفت حد لهـا . والثاني : أن القول قوله مع يمينـه ، وهو الأصح ، لأن دار الاسـلام تجمع المسلمين والنصارى ، وما قاله محتمل ، والأصل براءة ذمته من الحد ، فاذا حلف لم يلزمه الحد ، ويلزمه التعزير . وان أقرت أنها كانت نصرانية وادعت أنها أسلمت فالقول قول القاذف مع يمينه ، لأن الأصل بقاؤها على النصرانية ، وكذلك لو اتفقا على اسلامها وقذفها ، واختلفا في السابق منهما ، فالقول قول القاذف مع يمينه ، لأن الأصل عدم اسلامها وبراءة ظهره من الحـد ، وان قذف مسلمة وادعى أنها ارتدت وأنكرت ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم ردتها .

فـــرع وان قال لامـرأته : زنيت وكنت مملوكة يومئـذ ، فقالت : كنت مملوكة ولم أزن — فلا حد عليه ، لأنه أضاف الزنا الى حالة ليست بمحصنة فيها ، ويعزر للأذى . وان قال لها : زنيت — ثم قال : —

أردت في الحال التي كانت مملوكة فيها ثم أعتقت بعد ذلك ، فقالت : بل أراد القذف في الحال ، فالقول قولها مع يمينها ، فاذا حلفت لزمه الحد ، لأن الظاهر معها . وان قالت : لم آكن أمة ففيه قولان ، أحدهما : القول قول المقذوفة مع يمينها ، لأن الظاهر ممن في الدار الحرية ، والثاني : القول قول القاذف وهو الأصح ، لأن الدار تجمع الأحرار والمماليك ، والأصل براءة ذمته من الحد .

مسألة وان ادعى رجل على آخر أنه قذفه فأنكر ، فأقام عليه شاهدين أنه قذفه ـ فان عرف الحاكم عدالتهما ـ حكم بشهادتهما وحد القاذف ، وان عرف فسقهما لم يحكم بشهادتهما . وان جهل حالهما بحث عن حالهما ، ويحبس القاذف الى أن يثبت عنده حالهما ، لأن البينة قد كملت ، والظاهر منهما العدالة . وان أقام المقذوف شاهدا وسأل الحاكم أن يحبس له القاذف الى أن يقيم الآخر ففيه قولان أحدهما : يحبسه لأن جنبته قد قويت باقامة الشاهد ، فهو كما لو أقام شاهدين ، ولو أنه ادعى على رجل حقا وقدمه الى الحاكم ولم يتفرغ الحاكم لهما ـ فان له أن يلازمه الى أن يتفرغ الحاكم ويحكم بينهما ـ وهذا ضرب من الحبس فدل على ما ذكرناه . والثاني : لا يحبسه ، لأن البينة لم تكمل فلم يحبس ، وان ادعى على رجل مالا ، وأقام عليه شاهدين ، ولم يعلم الحاكم عدالتهما ولا فسقهما ، فهل للحاكم أن يحبسه الى أن يبحث عن حالهما ؟ فيه وجهان ، أحدهما ـ وهو المذهب ـ أن له أن يحبسه لما ذكرناه في الحد ، وقال أبو سعيد الاصطخرى المتوفى سنة ٣٠٨ : ليس له أن يحبسه ، والفرق بينهما أن القاذف ربما هرب ففات الحد ، والمال لا يفوت بهربه ، وان ادعى عليه شاهدا فليس له أن يحلف المدعى مع شاهده حتى يبحث عن عدالته ، وهل يحبس المدعى عليه الى أن تعرف عدالته ان قلنا بقول الاصطخرى في التي قبلها لا يحبس ، فها هنا أولى ، وان قلنا هناك بالمذهب : حبس ، فهاهنا يحبس ، لأن الشاهد مع اليمين حجة في المال .

فرع وان قذف غيره فقال القاذف : قذفتك وكنت صغيرا يوم القذف ، وقال المقذوف : بل كنت بالغا يومئذ ولا بينة لهما فالقول قول

القاذف مع يمينه ، لأن الأصل عدم البلوغ ، فاذا حلف كان عليه التعزير ، وكذلك ان أقام القاذف بينة أنه كان صغيرا يوم القذف ، وان أقام المقذوف بينة أنه كان بالغا يوم القذف ، وجب عليه الحد ، وان أقام كل واحد منهما بينة — فان كانتا مطلقتين أو احداهما مطلقة والأخرى مؤرخة — فهما قذفان ، لأنه يمكن استعمالهما على ذلك ، فيجب على القاذف التعزير بقذفه وهو صغير والحد لقذفه وهو كبير ان ادعاهما المقذوف • وان كانتا مؤرختين تأريخا واحدا فهما متعارضتان — فان قلنا : يسقطان — كان كما لو لم يكن لها بينة ، ويحلف القاذف ولا يحد ، بل يعزر ، وان قلنا : يستعملان ، تجيء القسمة ، لأن القسمة لا تجيء فى القذف وتجيء فى الوقف ، لأن القذف لا يجوز وقفه ولكن يقرع بينهما ، فان خرجت القرعة للقاذف لم يحد ، ولكن يعزر ، وان خرجت للمقذوف حد القاذف ، وهل يحلف من خرجت له القرعة ؟ على القولين يأتى بيانهما فى الجزء التاسع عشر ان شاء الله والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد السرقة

(ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الاسلام نصابا من المال الذي يقصد الى سرقته من حرز مثله لا شبهة له فيه وجب عليه القطع والدليل عليه قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولأن السارق يأخذ المال على وجه لا يمكن الاحتراز منه ولو لم يجب القطع عليه لأدى ذلك الى هلاك الناس بسرقة أموالهم ولا يجب القطع على المنتهب ولا على المختلس لما روى جابر رضي الله عنه ن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ((ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع ، ومن انتهب نهبة مشهورة فليس منا)) ولأن المنتهب والمختلس يأخذان المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالاستغاثة بالناس وبالسلطان فلم يحتج في ردعه الى القطع ولا يجب على من جحد أمانة أو عارية لأنه يمكن أخذ المال منه بالحكم فلم يحتج الى القطع .

فصل ولا يجب على صبي ولا على مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم : ((رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق)) وروى ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتي بجارية قد سرقت فوجدها لم تحض فلم يقطعها . وهل يجب على السكران ؟ فيه قولان ذكرناهما في الطلاق . ولا يجب على مكره لقوله صلى الله عليه وسلم : ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) ولأن ما أوجب عقوبة الله عز وجل على المختار لم يوجب على المكره ككلمة الكفر ولا تجب على الحربي لأنه لم يلتزم حكم الاسلام وهل يجب على المستأمن ؟ فيه قولان ذكرناهما في السير .

فصل ولا يجب فيما دون النصاب والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار لما روت عائشة رضي الله عنها : ((قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا)) فان سرق غير الذهب قوم بالذهب لأن النبي صلى الله عليه وسلم قدر النصاب بالذهب فوجب أن يقوم غيره به . وان سرق ربع مثقال من الخلاص وقيمته دون ربع دينار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي علي بن أبي هريرة أنه لا يقطع لأن النبي صلى الله عليه وسلم نص على ربع دينار وهذا

قيمته دون ربع دينار . والثانى وهو قول عامة اصحابنا أنه يقطع لأن الخلاص يقع عليه اسـم الدينـار وان لم يصرف لأنه يقـال دينار خلاص كما يقـال دينار قراضة . وان نقب اثنان حرزا وسرقا نصابين قطعا لأن كل واحد منهما سرق نصابا ، وان اخرج احدهما نصابين ولم يخرج الآخر شيئا قطع الذى اخرج دون الآخر لأنه هو الذى انفرد بالسرقة فان اشتركا فى سرقة نصـاب لم يقطع واحد منهما وقال ابو ثور يجب القطع عليهما كما لو اشترك رجلان فى القتل وجب القصاص عليهما وهذا خطأ لأن كل واحـد منهما لم يسرق نصابا ويخالف القصاص فانا لو لم نوجب على الشريكين جعل الاشتراك طريقا الى اسقاط القصاص وليس كذلك السرقة فانا اذا لم نوجب القطـع على الشريكين فى سرقة نصاب لم يصر الاشتراك طريقا الى اسقاط القطع لأنهمـا لا يقصدان الى سرقة نصاب واحد لقلة ما يصيب كل واحد منهما فاذا اشتركا فى نصابين اوجبنا القطع واذا نقب حرز أو سرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمنا آخر ففيه ثلاثة اوجه احدها وهو قول ابى العباس انه يجب القطع لأنه سرق نصابا من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه فى دفعة واحدة . والثانى وهو قول أبى اسحاق انه لا يجب القطع لأنه سرق تمام النصاب من حرز مهتوك . والثالث وهو قول أبى على ابن خيران انه ان عاد وسرق الثمن الثانى بعد ما اشتهر هتك الحرز لم يقطع لأنه سرق من حرز اشتهر خرابه . وان سرق قبل ان يشتهر خرابه قطع لأنه سرق من قبل ظهور خرابه) .

الشرح قوله تعالى : « والسـارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ـ الآية » قال القرطبى : لما ذكر الله تعالى أخذ الأموال بطريق السعى فى الأرض والفساد ، ذكر حكم السـارق من غير حراب . وبدأ بالسارق قبل السارقة عكس الزنا ، وقد قطع السـارق فى الجاهلية ، وأول من حكم بقطعه فى الجاهلية الوليد بن المغيرة ، فأمر الله بقطعه فى الاسلام ، فكان أول سارق قطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاسلام من الرجال (١) الخيار بن نوفل بن عبد مناف ، ومن النسـاء مرة بنت سفيان بن عبد الأسد من بنى مخزوم ، وقطـع أبو بكر اليمنى الذى سرق العقد ـ على ما سيأتى فى الباب ـ وقطع عمر يد ابن سـمرة أخى عبد الرحمن بن سمرة ، ولا خلاف فيه .

---

(١) الخيار بن عدى مرفوع لأنه اسم كان مؤخر وأول سارق خبر كان مقـدم .

أما حديث جابر رضي الله عنه فقد ورد بألفاظ عند أصحاب السنن أبي داود والترمذي وابن ماجه والنسائي وصححه الترمذي والبيهقي وفي صحيحي الحاكم وابن حبان كلها بلفظ : « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع » وفي رواية عن ابن جريج عن عمرو بن دينار وأبي الزبير عن جابر وليس فيه ذكر الخائن ، ورواه ابن الجوزي في العلل من طريق مكي ابن ابراهيم عن ابن جريج وقال : لم يذكر فيه (الخائن) غير مكي قال الحافظ في تلخيص الحبير : وقد رواه ابن حبان من غير طريقه : فأخرجه من حديث سفيان عن أبي الزبير عن جابر بلفظ : « ليس على المختلس ولا على الخائن قطع » وقال ابن أبي حاتم في العلل : لم يسمعه ابن جريج من أبي الزبير انما سمعه من ياسين بن معاذ الزيات وهو ضعيف ، وكذا قال أبو داود وقال أيضا : وقد رواه المغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر ، وأسنده النسائي من حديث المغيرة ، ورواه سويد بن نصر عن ابن المبارك عن ابن جريج ، أخبرني أبو الزبير • قال النسائي : ورواه عيسى بن يونس والفضل بن موسى وابن وهب ومخلد بن يزيد وجماعة فلم يقل واحد منهم عن ابن جريج حدثني أبو الزبير ولا أحسبه سمعه عنه ، وقد أعله ابن القطان بعنعنة أبي الزبير عن جابر ، وأجيب بأنه قد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه وصرح بسماع أبي الزبير من جابر • وأبو الزبير هو محمد بن مسلم ابن تدرس مولى حكيم بن حزام الأسدي القرشي روى عن جابر وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وعائشة وغيرهم وعنه أبو حنيفة ومالك وأحمد وشعبة والأعمش والسفيانان وحماد بن سلمة والزهري ـ وهو من أقرانه ـ وعطاء بن أبي رباح ـ أحد شيوخه ـ وهشيم ، وهو ثقة ، وثقه ابن المديني وابن معين والنسائي ، وضعفه ابن عيينة وغيره ، قال ابن بدراس الحنبلي في « طبقات الحفاظ » أبو الزبير امام كبير حافظ مولى حكيم بن حزام القرشي الأسدي • قال ابن معين والنسائي : ثقة • وقال أبو زرعة وأبو حاتم : لا يحتج به ، وقال غير واحد : مدلس فاذا صرح بالسماع فهو حجة • أفاده السفاريني الحنبلي في شرح ثلاثيات مسند الامام أحمد المسمى (نفثات صدر المكمد ، وقوة عين الأرمد لشرح ثلاثيات مسند الامام أحمد) والثلاثيات للامامين الحافظين محب الدين المقدسي والضياء المقدسي •

أما حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقد ساقه المصنف مرفوعا وأورده البيهقى فى سننه عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلى قال : « أتى عبد الله بجارية قد سرقت ولم تحض فلم يقطعها » .

أما حديث عائشة رضى الله عنها فقد أخرجه الشيخان وأصحاب السنن الا ابن ماجه وفى رواية : ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تقطع اليد فى ربع دينار » رواه البخارى والنسائى وأبو داود . وفى رواية للبخارى : « تقطع اليد فى ربع دينار فصاعدا » .

اما اللغات فقد ورد فى هذه الفصول كلمات : السرقة ـ المنتهب ـ المختلس ـ النصاب ـ الخلاص ـ الحرز ـ المهتوك . واليك معناها :

سرق الشيء يسرقه سرقا وسرقا واسترق وأنشد ابن الأعرابى .

بعتكها زانية وتسترق ان الخبيث للخبيث يتفق

اللام هنا بمعنى مع . ورجل سارق مزقوم سرقة وسراق . وسروق من قوم سرق ، وقد تأتى سرق بمعنى سرق قال الفرزدق :

لا تحسبن دراهما سرقتها تمحو مخازيك التى بعمان

والاستراق الختل سرا ، كالذى يستمع والكتبة يسترقون من بعض الحسابات . قال ابن عرفة فى قوله تعالى : « والسارق والسارقة » قال : السارق عند العرب من جاء مستترا الى حرز فأخذ منه ما ليس له ، فان آخذ من ظاهر فهو مختلس ، ومستلب ، ومنتهب ومحترس ، فان منع مما فى يديه فهو غاصب . والسرق شقاق الحرير ، وقيل هو أجوده واحدته سرقة قال الأخطل :

يرفلن فى سرق الفرند وقزه يسحبن من هدابه أذيالا

قال أبو عبيد والزمخشرى فى الأساس هو بالفارسية أصله : سره . أى جيد فعربوه كما عربوا برق للحمل وأصله بره واستبرق أصله استبره .

وسرق اسم موضع فى العراق قال أنس بن زنيم يخاطب الحارث بن بدر حين ولاه عبد الله بن زياد سرق :

أحار[1] بن بدر قد وليت امارة　　فكن جرذا فيهـا تخون وتسرق
ولا تحقرن يا حار شـيئا أصبته　　فحظك من ملك العـراقين سرق
فان جميـع النـاس اما مكذب　　يقـول بما يهـوى واما مصـدق
يقـولون أقـوالا ولا يعلمونهـا　　وان قيل هاتوا حققوا لم يحققوا

أما المنتهب : النهب الغارة والسلب أى لا يختلس شيئا له قيمة عالية ومنه قول العباس بن مرداس :

أتجعل نهبى نهب العبيـ　　ـد بين عيينـة والأقرع

عبيد مصغرا اسم فرسه وجمع النهب نهاب ونهوب ومنه للعباس أيضا :

كانت نهـابا تلافتهـا　　بكرى على المهر بالأجرع

أما المختلس للشىء فهو الذى يسلبه ، والخلس الأخذ فى نهزة ومخاتلة خلسه يخلسه خلسا ، وخلسه اياه فهو خالس وخلاس قال الهذلى :

يامى ان تفقدى قوما ولدتهم　　أو تخليهم فان الدهر خلاس

وقيل الاختـلاس أوحى من الخلس وأخص والخلسـة بالضم النهزة يقال : الفرصة خلسة وخالسه مخالسة وخلاسا أنشد ثعلب :

نظرت الى مى خلاسا عشـية　　على عجل والكاشحون حضور
كذا مثل طرف العين ثم أجنها　　رواق أتى من دونهـا وستور

أما الخلاص فهو ما أخلصته النار من الذهب والفضة وغيرهما ، وكذلك

---

(١) احار يعنى أحارثه وهو يسمى الاكتفاء قال بعضهم :

الأم الأم فمغضـــبها　　لابـد يعـــانقه السـقم
يأتيـــه عــذاب يخــزيه　　ويحل عليه عذاب مـ (سقيم)

الخلاصة ومنه حديث سلمان أنه كاتب أهله على كذا وكذا وعلى أربعين أوقية خلاص • والتبر غير مخلص •

والنصاب الأصل : ومنه قولهم : كريم النصاب وقد مضى فى الزكاة •

أما الحرز ففى اللسان الحرز : الموضع الحصين ، يقال : هذا حرز حريز ، والحرز ما أحرزك من موضع وغيره ، تقول هو فى حرز لا يوصل اليه أحد ويقال : أحرزت الشىء أحرزه احرازا اذا حفظته وضممته اليك وصنته عن الأخذ وفى الحديث : « اللهم اجعلنا فى حرز حارز » أى كهف منيع ، وهذا كما يقال : شعر شاعر فأجرى اسم الفاعل صفة للشعر وهو لقائله ، والقياس أن يكون حرزا محرزا ، أو فى حرز حريز ، لأن الفعل منه أحرز ، ولكن كذا روي ، قال ابن الأثير : ولعله لغة •

أما الهتك فهو حرق الستر عما وراءه ، والاسم الهتكة بالضم والهتيكة الفضيحة ، ويقال : هتك الله ستر الفاجر ، ورجل مهتوك الستر متهتكه وهتكه وتهتكه جذبه فقطعه من موضعه أو شق منه جزءا فبدا ما وراءه •

حد السرقة

النص الوارد فى حد السرقة هو قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ، فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم) •

هذا هو النص القرآنى الذى ذكر حد السرقة ، والسنة بيان للكتاب والأحاديث فى المجموع •

فى تعريف السرقة قال الكاسانى فى البدائع : ركن السرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تبارك وتعالى : « الا من استرق السمع فأتبعه شهاب مبين » سمى سبحانه وتعالى أخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقا ولذلك يسمى الأخذ على سبيل المجاهرة مغالبة أو نهبا أو خلسة أو اغتصابا أو انتهابا أو اختلاسا لا سرقة •

وقال الحنابلة : « معنى السرقة أخذ المال على وجه الخفيـة والاستتار ومنه استراق السمع ، ومسارقة النظر اذا كان يستخفى بذلك ، فان اختطف أو اختلس لم يكن سارقا ولا قطع عليه عند أحد من علمائنا غير اياس بن معاوية قال : أقطـع المختلس ، لأنه يكون سارقا بأخذه مستخفيا ، وأهل الفقه والفتوى من علماء الأمصار على خلافه ، وقد ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على الخائن ولا على المختلس قطع » وعن جابر قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس على المنتهب قطع » .

ولابد أن نحرر معنى المختلس لنبين كيف يفترق عن السرقة فنقول :

السرقة أخذ فى خفاء بحيث يختفى السارق والمسروق عند الأخذ ، أما الاختلاس فالمختلس لا يكون مختفيا بل يكون ظاهرا ولكن يتغفل الآخر فيأخذ ما يريد من غير مغالبة ، حتى خفى عمله استخفاء بلا شك ، ولعـل هذا هو الذى حمل القاضى اياس بن معاوية على أن يلحقه بالسرقة لأنه فى معناها أو هو نوع منها .

ومع هذا التعريف الواضح لمعنى السرقة فان أحمد بن حنبل رضى الله عنه يجعل جحد العارية من السرقة وذلك لخبر المخزومية التى كانت تجحد العارية فأمر صلى الله عليه وسلم بقطعها . وأهم ذلك قريشا فأتى أهلهـا أم سلمة وهى من قبيلتها ليستشفعوا بها عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : لا أستطيع أن أجرؤ على ذلك ولكن اذهبوا الى أسـامة فانه حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه فذهبوا الى أسامة وتقدم أسامة من النبى صلى الله عليه وسلم ليشفع للمرأة المخزومية ، فقال صلى الله عليه وسلم : ويحك يا أسامة أتشفع فى حد من حدود الله : والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها » قال أحمد : هذا الحديث لا أعرف شيئا يدفعه .

وان الفارق بين جحود العـارية والسرقة فرق كبير والا لكان جحـد الحقوق جميعا يعد سرقة وفيه القطع كجحد الودائع والديون والعوارى وسائر الحقوق المالية وما ذكرته عائشة رضى الله عنها من أخلاق هـذه

المرأة المخزومية يدل على أن القطع لم يكن لجحد العارية ، وانما كان ديدن المرأة أنها تجحد الحقوق ولا تتورع ، ومن كانت على هذا النحو أن تسرق الأشياء من البيوت التى تزورها فاذا انحصرت التهمة فيها جحدت أنها أخذت شيئا وانما اشتهرت بين الناس بجحد العارية لأن الناس لم يكونوا يترددون فى اعطائها ما تستعيره لشرفها ومكانة قومها بنى مخزوم بين العرب ، حتى صارت كالوباء الفاشى •

اذا ثبت هذا فان السرقة التى هى أخذ مال غيره على سبيل الخفاء فان هنالك شرطا ليتحقق معنى السرقة وهو أن يكون المسروق فى حرز مثله ، وأن يخرجه منه وهو أكثر أهل العلم منهم عطاء بن أبى رباح والشعبى وعمر بن عبد العزيز وأبو الأسود الديلى وغيرهم من التابعين ، وهو مذهب الشافعى ومالك وأحمد وأبى حنيفة وأصحابهم •

وقد خالف فى ذلك الظاهرية وقالوا : لا نص يخصص معنى الآية بل متى تحقق الأخذ على سبيل الخفاء ولو لم يكن محرزا فى حرز مثله انطبق عليه النص القرآنى •

وقال ابراهيم النخعى : اذا أخذ من الحرز ولو لم ينتقل منه كان سارقا ، بمعنى أن شخصا وجد فى حرز (مخزن) وهو يحمل شيئا منه ولم يخرج من المخزن ولم ينتقل بما يحمله الى خارج الحرز يقطع وان لم يخرج بالمسروق •

وقال الجمهور : لابد أن يأخذ من الحرز ويخرج وهو يحمل المسروق ليتحقق معنى الأخذ والاستيلاء •

وقال الكاسانى فى البدائع فى بيان شرائط القطع : انه لابد أن يدخل الحرز وأن يأخذ ، وأن يخرج الى خارج الدار • وقال فى حكم سارقين أحدهما فى الداخل يأخذ ويعطى الخارج من نقب أو نافذة :

(وان كان الخارج أدخل يده فى الحرز فأخذه من يد الداخل فلا قطع

على واحد منهما فى قول أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف : أقطعهما جميعا ، أما عدم وجوب القطع على الداخل على أصل أبى حنيفة رحمه الله فلعدم الاخراج من الحرز يحققه أنه لو أخرج يده وناول صاحبه لم يقطع ، فعند عدم الاخراج أولى ، والوجوب على أصل أبى يوسف وأما الكلام فى الخارج فمبنى على مسألة أخرى ، وهى أن السارق اذا نقب منزلا وأدخل يده فيه وأخرج المتاع ، ولم يدخل فيه هل يقطع ؟ ذكر فى الأصل وفى الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافا ، وقال أبو يوسف أقطع ولا أبالى ، دخل الحرز أم لم يدخل .

وجه قوله : ان الركن فى السرقة هو الأخذ من الحرز ، فأما الدخول فليس بركن . ألا ترى أنه لو أدخل يده فى الصندوق أو الجوالق وأخرج المتاع يقطع وان لم يوجد الدخول .

ولهما ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : اذا كان اللص ظريفا لم يقطع ، قيل : وكيف يكون ظريفا ؟ قال : يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها . ولم ينقل انه أنكر عليه منكر ليكون اجماعا ، ولأن هتك الحرز على سبيل الكمال شرط ، لأنه به تتكامل الجناية ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا الدخول ، ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والجوالق لأن هتكهما بالدخول متعذر ، فكان الأخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا فيقطع .

ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار ، لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ، ألا ترى أنه اذا قيل لصاحب الدار : احفظ هذه الوديعة فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر فضاعت لم يضمن ، وكذا اذا أذن لانسان فى دخول الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع : وان لم يأذن له بدخول البيت ، ودل هذا على أن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ، فلم يكن الاخراج الى صحن الدار اخراجها من الحرز ، بل هو نقل من بعض الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية أخرى .

هذا اذا كانت الدار مع بيوتهـــا لرجل واحد ، فأما اذا كان كل منزل منها لرجل فأخرج المتاع من البيت الى الساحة يقطع ، لأن كل بيت حرز على حدة ، فكان الاخراج منهـــا اخراجا من الحرز ، وكذلك اذا كان فى الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة منها وخرج الى ضمن الدار قطع ، لأن كل مقصورة منها حرز على حدة ، فكان الاخراج منها اخراجا من الحرز بمنزلة الدار المختلفة فى محلة واحدة) •

وبالجملة فان معنى السرقة تتوفر فيه الأمور الثلاثة الآتية :

(أولا) لابد أن يكون الأخذ على سبيل الخفاء ، وأن يتحقق الأخـــذ بالفعـــل واحراز الســـارق للشىء المسروق ، فاذا لم يتحقق ذلك الاحراز لا تتحقق السرقة ولابد أن يتحقق فى الاحراز معنى الأخذ والاستيلاء •

(ثانيا) أن يكون ذلك الأخذ من الحرز ، وأن ينقـــل من الحرز الى مكان غير المكان الذى يعـــد حرزا للشىء المسروق ، فاذا لم يتحقق ذلك الاخراج لا يقال ان السرقة قد تحققت ، لأن النقل من الحرز لم يتحقق ، وكأن الشىء باق فى مكانه •

(ثالثا) أن يتحقق معنى هتك حمى الحراز وهو موضع الأمانة الذى تنتهك حرماتها بالسرقة فاذا لم يتحقق هذا الانتهاك تحققا كاملا لا يثبت القطع ، لأن القطع هو العقوبة المتكاملة فلابد أن تثبت الجريمـــة متكاملة بتحقق الأخذ والنقل من الحرز وانتهـــاك الحرمات ، ويلاحظ أنه اذا لم تتكامل الجريمة كانت العقوبة غير الكاملة وهى التعزيز ولا يكون الحد •

اما الأحكام فالأصل فى ثبوت القطع فى السرقة الكتاب والســـنة والاجماع • أما الكتاب فقوله تعـــالى : « والسارق والســـارقة فاقطعوا أيديهما [1] » وروى أن ابن مسعود رضى الله عنه كان يقرأ: « والســـارقون والسارقات فاقطعوا أيديهما » وأما السنة فما روى أنه قال لصفوان بن أمية

---

(١) الآية ٣٨ من سورة المائدة •

« ان من لم يهاجر هلك » فهاجر الى المدينة فنام فى المسجد فسرق رداؤه من تحت رأسه فانتبه وصاح وأخذ السارق ، وجاء به الى النبى صلى الله عليه وسلم فقطع يده ، فقال : يا رسول الله ما أردت هذا ، هو عليه صدقة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « هلا قلت قبل أن تأتينى به » أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه وأحمد والدارقطنى ومالك فى الموطأ والشافعى • والأحاديث الواردة فى القطع تبلغ حد التواتر • وأما الاجماع فلا خلاف فى ثبوت الحد فى السرقة بالقطع به • اذا ثبت هذا فان السارق هو من يأخذ الشيء على وجه الاستخفاء والمختلس هو من يأخذ الشيء عيانا مثل أن يمد يده الى منديل أحد فيأخذه من رأسه • والمنتهب من يأخذ الشيء عيانا بالغلبة ، ولا يجب القطع على المختلس والمنتهب والجاحد والخائن • وقال أحمد : يجب عليهم القطع دليلنا ما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المختلس ولا على المنتهب ولا على الخائن قطع » ولأن السارق يأخذ المال على وجه الاستخفاء ، ولا يمكن انتزاع الحق منه بالحكم فجعل القطع ردعا له ، والمنتهب والمختلس والخائن والجاحد يأخذون المال على وجه يمكن انتزاع الحق منهم ، ولا حاجة الى ايجاب الحكم عليهم •

قوله : « ولا يجب على صبى الخ » فجملة ذلك أنه لا يجب القطع فى السرقة الا على من سرق ــ وهو بالغ عاقل مختـــار مسلما كان أو ملتزما لأحكامهم ــ نصابا يقصد الى سرقته من حرز مثله ، لا شبهة له فيه على ما سيأتى تفصيله • فان سرق وهو صبى أو مجنون لم يجب عليه الحـــد ، لقوله تعالى : « جزاء بما كسبا نكالا من الله » الآية • والصبى والمجنون لا كسب لهما • والحديث : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه والحاكم من حديث عائشة وعمر رضى الله عنهم وروى أن عبد الله بن مسعود أتى بجارية قد سرقت فوجدها لم تحض فلم يقطعها • وعن عمر أنه أتى بغلام قد سرق فقال : أشبروه ، فكان ستة أشـبار الا أنملة ، فلم يقطعه فسماه نميلة • وروى عنه أنه أتى بغلام قد سرق فشبروه فنقص عن خمسة أشبار فلم يقطعه ، وعن عثمان مثله ، ولا مخالف لهم فى

الصحابة • وان سرق وهو سكران فهل يجب عليه القطع ؟ فيه قولان مضى تعليلهما فى الطلاق ، ولا يجب القطع على من آكره على السرقة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه أبو القاسم الفضل بن جعفر التميمى عن ابن عباس ، هكذا أورده صاحب الكنز الثمين فى أحاديث النبى الأمين • قال المسعودى : وان نقب رجل دار رجل وأخرج منه ما لا قيمته النصاب ، وهو يظن أن الدار دار نفسه وال!ال ماله ، وجب عليه القطع خلافا لأبى حنيفة • ويجب على المسلم بسرقة مال الذمى وعلى الذمى بسرقة مال المسلم ، وقد مضى بيانه فى السير • وأما الحربى فلا يجب عليه القطع بسرقة مال المسلم ، لأنه لم يلتزم أحكام الاسلام ، وهل يجب القطع على المعاهد ، ومن دخل الينا بأمان بسرقة مال مسلم ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يجب عليه القطع لأنه حد لله تعالى فلم يجب عليه كحد الزنا والشرب • والثانى : يجب عليه لأنه يجب صيانة مال المسلم • هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : هل يجب عليه القطع ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يجب • والثانى : لا يجب • والثالث : ان شرط عليه عند المعاهدة الأمان أن لا يسرق فسرق قطع ، وان لم يشرط عليه لم يقطع ، ومنهم من قال : هو القول الثالث قولا واحدا ، وأما الحد فى الزنا فاختلفوا فيه فمنهم من قال : هو كقطع السرقة على ما مضى ، ومنهم من قال : لا يجب عليه الحد فى الزنا قولا واحدا بكل حال ، لأنه حق محض لله تعالى •

قوله : (ولا يجب فيما دون النصاب) وجملة ذلك أن المال الذى يقطع به السارق قد اختلف العلماء فيه ، فمذهبنا أنه لا يقطع فيما دون ربع دينار ، ويقطع فى سرقة ربع دينار فصاعدا ، فان سرق غير الذهب من المتاع قوم بالذهب فان بلغت قيمته ربع دينار ، والدينار هو مثقال الاسلام قطع ، وان نقص عن ذلك لم يقطع وبه قال أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وابن عمر وعائشة أم المؤمنين رضى الله عنهم فى الصحابة وفى الفقهاء الليث والأوزاعى وأحمد واسحق ، وذهب داود وشيعته الى أن القطع يجب فى سرقة ما قل وكثر من المال • وبه قال الخوارج والحسن البصرى واختاره

ابن بنت الشافعى ، وذهب عثمان البتى الى أنه يقطع فى سرقة درهم من دراهم المسلمين ، ولا يقطع لما دون ذلك ، وذهب زياد بن أبى زياد الى أنه يقطع بسرقة درهمين ولا يقطع بما دونهما ، وذهب أبو هريرة وأبو سعيد النخعى الى أنه يقطع بسرقة خمسة دراهم ، ولا يقطع فيما دونها ، وذهب النخعى الى أنه يقطع بسرقة خمسة دراهم ، ولا يقطع فيما دونها : وذهب مالك الى أنه يقطع فى ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وبه قال أحمد وأصحابه ، فان سرق غير الذهب أو الفضة قوم بالدراهم ، فان بلغت قيمته ثلاثة دراهم قطع ، فان لم يبلغ ثلاثة دراهم لم يقطع وذهب أبو حنيفة الى أنه لا يقطع الا فى سرقة عشرة دراهم ، وهى قيمة الدينار عنده ، وبه قال ابن مسعود رضى الله عنه ، ومما يدل على ما ذهب اليه مالك حديث ابن عمر المتفق عليه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم » وفى لفظ : « قيمته ثلاثة دراهم » وفى مسند أحمد : « اقطعوا فى ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك » وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم ، والدينار اثنى عشر درهما ، وذكر الطبرى أن عبد الله بن الزبير قطع فى درهم • ومناط الخلاف كله فى قيمة المجن الذى قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد جعل الشافعى حديث عائشة فى الربع الدينار أصلا رد اليه تقويم العروض لا بالثلاثة الدراهم على غلاء الذهب ورخصه ، وترك حديث ابن عمر لما رآه — والله أعلم — من اختلاف الصحابة فى المجن الذى قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم فابن عمر يقول ثلاثة دراهم ، وابن عباس يقول : عشرة دراهم ، وأنس يقول خمسة دراهم ، وقال أبو حنيفة وصاحباه : لا تقطع يد السارق الا فى عشرة دراهم كيلا ، أو دينار ذهبا عينا أو وزنا ، ولا يقطع حتى يخرج المتاع من ملك الرجل ، وحجتهم حديث ابن عباس قال : « قوم المجن الذى قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة دراهم » ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « كان ثمن المجن يومئذ عشرة دراهم » أخرجهما الدارقطنى وغيره ، وفى المسئلة قول رابع ، وهو ما رواه الدارقطنى عن عمر قال : « ولا تقطع الخمس الا فى خمس » وبه قال سليمان بن يسار وابن أبى ليلى وابن شبرمة ، وقول خامس فى أربعة دراهم فصاعدا روى عن أبى هريرة

وأبى سعيد الخدرى • وقول سادس : تقطع فى درهم فما فوقه ، وهو قول عثمان البتى وهو ما ذكره الطبرى عن ابن الزبير وهو احدى الروايات الثلاث عن الحسن البصرى والثانية كما روى عن عمر والثالثة تقطع فى درهمين وبه قال قتادة فان قيل : قد روى الشيخان وغيرهما عن أبى هريرة مرفوعا : « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده » قال القرطبى : وهذا موافق لظاهر الآية فى القطع انقليل والكثير ، فالجواب أن هذا خرج مخرج التحذير بالقليل عن الكثير ، كما جاء فى معرض الترغيب بالقليل مجرى الكثير فى قوله عليه السلام : « من بنى لله مسجدا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا فى الجنة » وقيل ان ذلك مجاز من وجه آخر وذلك أنه اذا ضرى بسرقة القليل سرق الكثير فقطعت يده ، وأحسن من هذا ما قاله الأعمش وذكره البخارى فى آخر الحديث كالتفسير قال : « كانوا يرون أنه بيض الحديد ، والحبل كانوا يرون أنه منها ما يساوى دراهم » قلت : كحبال السفينة وشبه ذلك والله أعلم •

فـــرع اذا سرق ربع دينار تبرا وهو الذى لم يخلص لم يقطع لأنه اذا أخلص لم يأت منه ربع دينار ، وان سرق ربع دينار مضروبا قطع للخبر ، وان سرق ربع دينار ذهبا خالصا غير مضروب ففيه وجهان ، قال أبو سعيد الاصطخرى وأبو على بن أبى هريرة : لا يقطع لأن النبى صلى الله عليه وسلم أوجب القطع فى ربع دينار ، والدينار انما يقع على المضروب ، وربع الدينار خلاص لا يجبى منه ربع دينار ، وقال أكثر أصحابنا : يجب عليه القطع وهو المذهب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا قطع الا فى ربع دينار » ولم يرد أنه يختص بربع دينار مضروب ، وانما يريد بما يقوم مقامه أو ما يقع عليه اسم الربع ، وهذا يقع عليه اسم ربع دينار ، وقيمته ربع دينار مضروب •

فـــرع ويجب القطع بسرقة الثمار الرطبة كالرطب والعنب والتين والتفاح وما أشبهها ، وبسرقة البقول والرياحين والطعام الرطب كالشواء والطبيخ والهريسة اذا بلغت قيمته نصابا • وقال أبو حنيفة :

لا يجب القطع بسرقة شيء من ذلك بحال • وقال الثوري : ان كان مما يبقى يوما ويومين أو أكثر مثل الفواكه وجب عليه القطع بسرقتها ، وان كان مما لا يبقى لم يجب القطع • دليلنا قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فعمم ولم يخصص ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق هل فيه قطع ؟ فقال : « لا قطع فيما آواه الجرين وبلغ ثمن المجن » قال : وقيمة المجن يومئذ كانت ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وصرف الدينار اثنى عشر » وروى أن عثمان رضى الله عنه قطع فى أترجة قيمتها ثلاثة دراهم ، ولأنه ينطبق عليه تعريف السارق أنه سرق ما قيمته نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه ، فقطع كما لو سرق ربع دينار ، وأما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا قطع فى ثمر ولا كثر » قال فى النهاية : الكثر الجمار • وقال العمراني : وقيل هو الفسلات الصغار من النخل ، وانما لم يوجب فيهما القطع على عادة أهل الحجاز لأن بساتينهم لا حوائط عليها فهى غير محرزة •

فـــرع ويجب القطــع بسرقة كل ما يتمول اذا بلغت قيمتــه نصابا ، سواء كان أصله على الاباحة مثل الصيود والطيور والخشب فى الغابات ، والحشيش ، والقار ، والنفط أو غير ذلك • وقال أبو حنيفــة : ما كان أصله على الاباحة اذا ملك ثم سرق لا يجب فيه القطع الا الساج ــ نوع من الخشب الأبنوس الأبيض أو الأصفر ــ فانه يجب فيه القطع • دليلنا قوله تعــالى : (والســارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فعمم ولم يخصص ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع فى مجن قيمتــه ثلاثة دراهم • فنقل الحكم والسبب ، وأجمعنا على أن القطع لم يجب بسرقة المجن بعينه ، وانما لأن قيمته نصاب ، فاقتضى الظاهر أن كل مسروق ما بلغ قيمته هذا القــدر يجب فيه القطــع • وان سرق ترابا أو ما قيمته نصاب ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع لما ذكرناه • والثاني : لا يجب عليــه القطع لأنه عام الوجود لا يتمول فى العادة ، فلا تدعو النفس الى سرقته • وان سرق مصحفا أو كتاب فقه أو غير ذلك يساوى نصابا أو عليــه حلية فتبلغ قيمته مع ذلك نصابا ، أو كان مطبوعا وبلغت قيمته فى السوق نصابا

بغض النظر عن تكاليفه ، وجب عليه القطع وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القطع • وقال ابن قدامة الحنبلى فى المغنى شرح متن الخرقى « فان سرق مصحفا فقال أبو بكر والقاضى : لا قطع فيه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن المقصود فيه من كلام الله ، وهو مما لا يجوز أخذ العوض عنه • واختار أبو الخطاب وجوب قطعه ، وقال : هو ظاهر كلام أحمد ، فانه سئل عمن سرق كتابا فيه علم لينظر فيه ، فقال : كل ما بلغت قيمته ثلاثة دراهم فيه القطع ، قال : وهذا قول مالك والشافعى وأبى ثور وابن المنذر لعموم الآية فى كل سارق ، ولأنه متقوم تبلغ قيمته نصابا ، فوجب القطع بسرقته ، ككتب الفقه قال : ولا خلاف بين أصحابنا فى وجوب القطع بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية ، فان كان المصحف محلى بحلية تبلغ نصابا ، خرج فيه وجهان عند من لم ير القطع بسرقة المصحف •

أحدهما : لا يقطع ، وهذا قياس قول أبى اسحاق بن شاقلا ، ومذهب أبى حنيفة ، لأن الحلى تابعة لما لا يقطع بسرقته أشبهت ثياب الحر • (وهو يعنى اذا سرق حرا عليه ثياب تبلغ نصابا) •

والثانى : يقطع وهو قول القاضى : لأنه سرق نصابا من الحلى فوجب قطعه كما لو سرقه منفردا ، وأصل هذين الوجهين من سرق صبيا عليه حلى » اهـ •

وقال العمرانى من أصحابنا فى البيان : انه نوع مال يتعلق بسرقته القطع كسائر الأموال •

مسألة وان نقب جماعة حرزا ودخلوا وأخرجوا منه مالا — فان بلغت قيمة ما أخرجوه ما يصيب كل واحد منهم نصابا — وجب عليهم القطع ، وان نقص عن ذلك فلا قطع على واحد منهم • وبه قال أبو حنيفة والثورى واسحاق رحمهم الله ، وقال مالك وأحمد وأبو ثور : يجب القطع على جميعهم ، كما لو اشتركوا فى قتل انسان • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « اقطعوا السارق فى ربع دينار » ونهى عن القطع فيما دون الربع ،

وكل منهم لم يسرق ربع دينار فلم يقطع ، ويخالف اشتراكهم فى القتل ، فانا لو لم نوجب عليهم القصاص لجعل الجميع طريقا الى اسقاط القصاص ، وها هنا لا يكون الاشتراك طريقا الى اسقاط القطع ، لأن كل واحد منهم لا يقصد فى العادة الى سرقة ما دون الربع •

فـــرع فى أنواع الحرز واختلافه باختلاف المحروز •

الحرز يختلف باختلاف الأشياء ، فحرز الذهب والفضة يكون بالصناديق وضع مغلقة فى مكان به الأغلاق والاقفال فى العمران لا فى البوادى •

وحفظ الثياب والنحاس والرصاص ونحوها فى الدكاكين والبيوت المغلقة فى العمران ، أو يقام عليها حراس ، فان لم تكن مغلقة وليس عليها حراس فليست بحرز ، وقد روى عن أحمد فى البيت الذى به غلق يسرق منه فحكم بأنه سارق ، ولعل هذا محمول على أن أهله يسكنون فيه فهم حراس ، ويكمل بهم الحرز •

وقد قالوا : ان البيوت التى فى البساتين أو الطرق أو الصحراء وليست فى العمران ان لم يكن بها أحد فليست حرزا ، لأن من ترك متاعه فى مكان خال من الناس والعمران وانصرف عيها لا يعد حافظا له وان أغلق عليه وأحكم اغلاقه ، وان كان فيها أهلها أو عليها حراس فهى فى حرز مثلها ، وان كان لابسا ثوبا أو متوسدا له فهو محرز ، وقد قطع النبى صلى الله عليه وسلم سارق بردة صفوان بن أمية وكان متوسدا بها •

وبالجملة فان السرقة التى توجب القطع يجب أن يكون صاحب المال قد قام بحفظه وصيانته ولم يعرضه باهماله للضياع •

فـــرع فى المال الذى يعد أخذه من حرز مثله سرقة •

يجب أن يكون المسروق مالا متقوما لا شبهة فيه ولا قصور فى ماليته ، بأن يكون مما يتموله الناس ويعدونه فى أغراضهم المختلفة ، ويتنافسون

فى طلبه ، ويعتزون بالحصول عليه ، وعلى ذلك لا يكون المـال من توافه الأشياء كالتراب والطين وما يشبهما مهما تبلغ قيمته •

ولكن اذا كان الطين من نوع يصنع منه الآخر والأوانى وكان يشـترى لندرته وكان الحصول عليه مما يحرص صاحبه على الاعتزاز به ، وكذلك اذا كان التراب رملا ناعما أبيض مما يصنع منه البللور ، وكان مادة لا توجد فى بعض الشواطىء القليلة النادرة ، فهذا لا يعد من الأموال التافهة ، لأنه خامة الأشياء ثمينة تطلب بالبحث والتنقيب والعلاج •

ولا يقطع من سرق ما ليس بمال كمن يسرق حرا أو يختطفه ففيه التعزير الشديد لأن سقوط القطع لا يقتضى سـقوط العقوبة ، لحصـول معنى الجريمة ، وان زال عنه وصف السرقة الموجب للحد •

وهكذا شدد الفقهاء فى ضرورة أن يكون المسروق من الأموال التى تثبت ماليتها كاملة • وكل ذلك لأن الحد كامل فى العقاب ، فلابد أن يكون سببه كاملا فى كل نو حيه حتى انهم كما قلنا لم يسيغوا القطع فى التراب والطين والحصى واللبن والآجر والفخـار ، بل انهم قالوا : لا قطـع فى الزجاج ، وقالوا فى تعليل القطع : انها من جنس المباحات ، ولكن يجب أن يكون الزجاج فى عصرنا من قبيل المال الكامل المالية ، لأنه ليس من توافه الأموال ، ولا من جنس الأموال المباحة بكونها •

ويجب أن يكون المال المسروق كامل الملكية وأن يكون متقوما ، وعلى ذلك لا قطع فى مباح من المال لم يتم احرازه ولو أخذ بغير اذن الامام ، وعلى ذلك لا قطع فى سرقة العارية من يد المستعير لأن يده ليست يد ملك •

ولو سرق مسلم من بيت المال لا يقطـع ، وقال ابن قدامة فى المغنى : ولا قطع على من سرق من بيت المال اذا كان مسلما ويروى ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما وبه قال الشعبى والنخعى والشافعى وأصحاب الرأى • وقال مالك وحماد : يقطع بظاهر الكتاب ــ أى لأن النص يشمله من غير

تخصيص • ولنا ما روى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس أن عبدا من رقيق الخمس ــ أى الخمس المخصص لبيت المال من الغنائم ــ سرق من الخمس ، فدفع الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم وقال : « مال الله سرق بعضه بعضا » ويروى ذلك عن عمر رضى الله عنه •

وسأل ابن مسعود عمن سرق من بيت المال فقال : أرسله •

وعن على رضى الله عنه : « ليس على من سرق من بيت المال قطع » ولأن له من المال حقا فيكون له شبهة تمنع وجوب القطع كما لو سرق من مال له شركة فيه ومن سرق من الغنيمة التى له فيها أو لولده أو لسيده • ومن ثم يعتبرون أن المسلم له شبهة ملك فى بيت المال ، ولا قطع مع شبهة الملك ، ولأن بيت المال لا يعد مالكا وانما هو مملوك لكل المسلمين ، وهذا منهم •

وأكثر العلماء على أن الوالد لا يقطع اذا سرق من مال ولده ، لأن له شركة فى هذا المال أثبتها قوله صلى الله عليه وسلم (أنت ومالك لأبيك) فان الحديث أثبت ملكيته للوالد فى مال ولده •

فـــرع وان اشترك جماعة فى نقب حرز فدخلوا ، وأخرج كل واحد منهم مالا انفرد باخراجه ــ فان بلغت قيمة ما أخرجه كل واحد منهم نصابا بنفسه وجب عليه القطع ، وان لم يبلغ نصابا لم يقطع • وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : يضم ما أخرجوه بعضه الى بعض فان بلغ قيمة الجميع ما يصيب كل واحد منهم نصابا وجب عليهم القطع • دليلنا أن كل واحد منهم سرق دون النصاب فلم يجب عليه القطع كما لو انفرد بالنقب ، وان نقب جماعة حرزا ودخلوا فأخرج بعضهم المال ولم يخرج الباقون شيئا ــ فان بلغت قيمة ما أخرجه كل واحد منهم نصابا ــ وجب عليه القطع ، ولم يجب على الذين لم يخرجوا • وقال أبو حنيفة : القياس أنه لا يجب القطع الا على المخرج ، فان كان ما أخرجه بعضهم يبلغ ما نصيب كل واحد منهم نصابا قطعتهم كلهم استحسانا دليلنا أن من لم يخرج المال ليس بسارق ، فلم يجب عليه القطع كما لو لم يدخل •

فــــرع وان نقب رجل حرزا على طعام فأخرج الطعام قليلا قليلا حتى بلغ قيمة ما أخذه ربع دينار ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه القطع ، لأن ما أخذه فى المرة الأولى لا يبلغ نصابا ، وما أخذه بعد أخذه من حرز مهتوك فلم يجب عليه القطع • والثانى : يجب عليه القطع ــ وهو الأصح ــ لأنه أخذ نصابا من حرز هتكه ، فوجب عليه القطع كما لو أخذه دفعة واحدة • وان نقب حرزا فأخذ منه ثمن دينار فخرج ثم عاد وأخذ منه ثمنا آخر ففيه ثلاثة أوجه ، قال أبو اسحق المروزى : لا يلزمه القطع ، لأن الذى سرقه أولا دون النصاب ، والذى سرقه ثانيا أخذه من حرز مهتوك • وقال أبو العباس : يلزمه القطع وهو الأصح ، لأنه أخذ نصابا من حرز هتكه بنفسه فلزمه القطع كما لو أخذه دفعة واحدة • وقال أبو على ابن خيران : أخذ الثمن الثانى بعد أن علم صاحب الدار بالنقب أو علم الناس به ، لم يجب عليه القطع ، لأنه أخذه من حرز مهتوك ، وان أخذه قبل أن يعلم بالنقب وجب عليه القطع ، لأنه أخذ النصاب من حرز هتكه بنفسه • هذا طريق أصحابنا العراقيين وقال المسعودى : ان كان المسروق منه عالما باخراج الثمن الأول قبل أن يخرج الثمن الثانى فلا يجب على السارق القطع ، وان كان غير عالم بالثمن الأول قبل اخراج الثمن الثانى ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : لا يجب القطع كما لو أخرج الثانى بعد علم المسروق منه بالأول • والثانى يجب عليه القطع لأن المتاع المسروق لعله لا يمكن السارق اخراجه دفعة واحدة فصار كما لو بط جيب رجل فيه دراهم فجعلت الدراهم تخرج منه درهما درهما • والثالث : ينظر فيه ، فان أخرج الأول ووضعه على باب النقب ثم عاد ليأخذ الثانى ، وجب عليه القطع ، لأن هذا يعد فى العادة سرقة واحدة • وان أخرج الأول فذهب به الى داره ثم عاد وأخرج الثانى لم يقطع ، لأنهما سرقتان •

فــــرع فى تمام المالية وعدم نقصانها بمنكر •

يجب أن تكون المالية تامة بأن يكون المال محترما فلا يقطع فى مال يحرم الانتفاع به بالقنية أو التجارة كالخمر والخنزير سواء كان مالكه ذميا يستبيح الانتفاع به أو مسلما لا يباح له استعماله ، وقد اصطفقت أقوال

الفقهاء حتى من يبيح للذمى امتلاك الخمر والخنزير واستعمالهما ، فانه لا يقطع فيه بالسرقة كأبى حنيفة ، ولا يبيح الشافعى وأحمد للذمى الانتفاع بما حرمه الله لمخاطبة الكفار وبفروع الشريعة وأصولها ، لأنه لا يعد كامل المالية بالاتفاق بين علماء الأمصار ، وكمال المالية شرط فى وجوب القطع لأن نقصانها يوجد شبهة تسقط الحد ، وأثر الاختلاف فى اباحته للذمى هو فى ضمان تلافه لا فى قطع اليد الذى يوجب أن يكون المال خاليا من كل شبهة فى ماليته .

« النصاب الموجب للقطع »

قال أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن جـ ٢ ص ٤١٦ طبعة الآستانة « الأصل فى ذلك أنه لما يثبت باتفاق الفقهاء من السلف ومن بعدهم أن القطع لا يجب الا فى مقدار متى قصر عنه لم يجب وكان طريق اثبات هذا الضرب من المقادير التوقيف (أى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم) أو الاتفاق ولم يثبت التوقيف فيما دون العشرة ويثبت الاتفاق فى العشرة أثبتناها ، ولم تثبت ما دونها لعدم التوقيف والاتفاق .

فــــرع فى هل كلمة (السارق) صفة ذاتية أو فعل وقع اذا قلنا ان كلمة السارق وصف فلا يتحقق الا بالتكرار فلا يقال لمن ظهر منه الجود مرة أنه جواد ، ولا يقال لمن وقع منه الكذب مرة : انه كذاب ولا يقال للفاسق الذى لا يقول الحق أو المنافق الذى يظهر غير ما يبطن اذا صدق مرة انه من الصادقين ، انما تقال هذه الأوصاف لمن يتكرر منه فعلها حتى تكون سمة له وعنوانا يدل عليه ويعرف به .

وبتطبيق هذه المقدمة على كلمتى السارق والسارقة ، يكون المستحق للقطع هو من صار هذا وصفا له : ولا يكون هذا الا بتكرار الارتكاب ، ولا يكون بالفعل مرة واحدة .

ويتعضد هؤلاء القائلون بأن الله تعالى يقول عقب آية السرقة والقطع :

« فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم » •

وأن ذكر التوبة بعد الظلم ممن سرق لا يكون له محل فى الظاهر الا اذا كان العقاب لم يقع • ولذا قال بعض الفقهاء : ان التوبة تكون مانعة للقطع اذا كانت قبل القطع ، وان كان القائلون بهذا ليسوا جمهور العلماء بل انهم عدد ضئيل ربما لا يؤبه له على حد تعبير أبى زهرة رحمه الله ، ولكن ظاهر الآية فى نظره يقرب من تفكيرهم ، والتوبة النصوح لا تكون فى الغالب ممن يتكرر منه الفعل بل انها تكون لمن يرتكب الفعل بجهالة ، ولذلك يقول الله تعالى : (ان التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب ، وبهذا الفهم يكون المعنى أن القطع لا يكون لمن فعل مرة وتاب ولكن للمتكرر منه الفعل •

وقد ثبت فى أخبار المخزومية التى سرقت أمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها أنها كانت معتادة السرقة لأنها كانت معروفة بأنها لا ترد الودائع التى تودع عندها ولا العوارى التى تستعيرها حتى ظن بعض الحنابلة أن سرقتها كانت جحد العوارى ولكن الجمهور على أن سرقتها لم تكن من هذا النوع فقط بل كانت الأخذ خفية من مال مملوك من حرز مثله •

وكانت المرأة معروفة بذلك ومن كانت كذلك تعد السرقة مرادفا لها وهذه المخزومية •

والمخزومية هذه هى التى أهم قريشا أن يقطع النبى صلى الله عليه وسلم يدها فتوسلوا اليه بالشفعاء فوقف خطيبا : (ما بال أقوام يتشفعون فى حد من حدود الله ، وانما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا اذا سرق الشريف تركوه ، واذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد ، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها) •

ويقولون : انه قد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه لما أراد قطع يد سارق شاب ، قالت له أمه : اعف عنه يا أمير المؤمنين ، فان هذه أول مرة ، فقال عمر لها : ان الله أرحم من أن يكشف ستر عبده لأول مرة •

ويظهر أن أمير المؤمنين يرى أن القبض على السارق متلبسا أو وجود شهود يشهدون يدل على التكرار . هذه خلاصة الذين يعترضون على اقامة الحد عند أول حدث يقع من السارق لكن يعارضه كما يرى الشيخ أبو زهرة وكما هو الواقع والحق أن الآثار الواردة لم يكن فيها ما يشير الى وجوب التكرار لاقامة الحد ، وأن سارق الرداء الذى أمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يده لم يسأله أسبق منه ذلك أم لا .

الا أن يقال : ان سرقة الرداء كانت وصاحبه بالمسجد قد وضعه فى مثل حرزه ، فالسرقة فى هذا المكان وفى مثل هذه الحال لا تكون الا ممن تكررت منه السرقة ويرد هذا النظر أيضا أن فقهاء المسلمين أجمعوا على القطع لأول مرة ، ولم يعرف مخالف لهذا من عصر النبى صلى الله عليه وسلم الى الآن ، الا تلك الرواية عن عمر التى لم يكن فيها تصريح باشتراط التكرار ، وان الاجتماع حجة .

أما بالنسبة لأنواع السرقات وضروب طرائقها كحكم النباش الذى يسرق أكفان الموتى ، والطرار ويسمى النشال فحكم هؤلاء كما يلى :

فأما النباش فانه تقطع يده فى قول الشافعى ومالك وأحمد وداود .

وقال أبو حنيفة و محمد بن الحسن والأوزاعى وسفيان الثورى : لا تقطع يده ولو أنه ارتكب عظيمة من العظائم ولكن يعزر أشد التعزير .

قالوا : لأن النباش لا يقال سارق وانما يقال له النباش ، وهو لم يأخذ مالا مملوكا ، لأن الميت انقطع عمله بموته وقد خربت ذمته فلا يتعلق بذمته شىء يملكه وفرض أن التركة قبل التوزيع على حكم الميت، فرض فقهى لتوزيع تركة وبيان حقوق الدائنين وسداد الديون قبل التقسيم ، والفروض الفقهية لا تثبت ملكا حقيقيا ، وعلى فرض جواز ذلك فان الملكية موضع اشتباه ولا يقام الحد مع وجود الشبهة .

دليلنا : أنه أخذ مالا على حكم ملك الميت كالتركة قبل التوزيع ، أو أن

الأكفان ملك لأولياء الموتى فوجب القطع لأن الكفن مملوك محروز بوجوده على الميت والتفافه به وصيانته بالضريح أو اللحد وموارته بالدفن فهتك حرزه بالنبش سرقة ولا كلام •

وأما الطرار (النشال) فاسم السارق ينطبق عليه لأنه يأخذ المال فى خفية ومن حرز مثله ، اذ أنه يأخذها من جيوب الناس ويعتمد فى الاختفاء على غفلاتهم ، فهو لا يستغل الظلام فى السرقة ولكنه يختفى مع ذلك عن الأعين المراقبة ، ويمد يده فى اختفاء ، معتمدا على انشغال الناس وعلى مهارة يده ، فهو سارق قوى خفى سريع خطر •

فـــرع فى تشوب الشارع الى اسقاط الحدود لقد تأمل الفقهاء وتعمقوا فى مفهوم السرقة وأنه أخذ مال مملوك من حرز مثله على سبيل الخفاء فاحتاطوا فى اشتراط الحرز وشددوا فى اشراطه وضيقوا فى مفهوم السرقة ، ولم يتوسعوا حتى لا تكثر آحاد الجرائم الموجبة للقطع محافظة على الأعضاء الانسانية حتى لقد منعوا قطع يد الضيف اذا سرق مضيفة الا فى أحوال ، كحال ذلك الرجل الذى جاء الى خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم أبى بكر الصديق وكان مقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى يشكو اليه عامله على اليمن حيث قطعه مرتين ظلما ، فنظر اليه الصديق مشفقا عليه ورأى فى جبهته ما يشبه ركبة الجمل من السجود فآواه فى داره وكان يقوم ليلا فيرى الرجل قائما يصلى على قدم واحدة ، وطرف ساق اليسرى ، فيقول : سبحان الله ما ليلك بليل سارق ، وبنظرة نهارا فاذا أكثر أيامه صائما فيقول : وما نهارك بنهار سارق وهم الصديق أن يبعث الى عامله ليؤدى لهذا الرجل دية كاملة النصف ليده والنصف لرجله ، وفى هذه الأثناء والصديق يفكر فى أمر الرجل تفقدت أسماء بنت عميس رضى الله عنها وهى زوج الصديق أوضاحا لها فلم تجدها فى حرزها وأخذ كل من فى الدار يبحثون عن الأوضاح حتى ذلك الرجل الأعرج ، وكان يقول : لحا الله من آذى أهل هذا البيت المبارك • وكان يشترك معهم فى البحث ، وأخيرا ذهبوا الى الصاغة يسألون عن هذه الأوضاع حتى وجدوها عند صائغ يهودى فتعرفت عليها خادمتها فلما رأتها أسماء قالت : هــذه

أوضاحى ومن أين لهذا الصائغ بها فلما سألوه قال : باعنيهـا رجل بيـد واحدة ورجل واحدة فلما رآه عرفه فكان أبو بكر رضى الله عنه يقـول : « لغرته بربه أشد على من سرقته » ثم أمر بقطع يده اليسرى ، وقد كان ضيفا ولم يمنع ذلك من قطعه وقد اشترطوا فى الملكية اليـد حتى تكون الملكية تامة كما اشترطوا الحرز التام غير الناقص ، كما اشترطوا فى الأموال التى تسرق أن تؤخذ وتنقل من حيز الى حيز بأن تنتقل من حرز مثلها الى يد السارق ، بل ان تعض الفقهاء مثل مالك وأبى حنيفة رضى الله عنهما لم يقطعا فيما يسرق من مال يتسارع اليه الفساد وبه قال سفيان الثورى •

وعدنا أنه يقطع اذا سرق لحما أو فاكهة رطبة أو لبنا وبهذا قال أحمد بن حنبل : دليلنا أنه يمكن بيعها على الفور ويمكن أن يدخلها فى آلات صناعية تدخرها بالتعليب أو التجفيف أو التثليج •

ومن الفقهـاء من اشترطوا فى الأموال المسروقة أن لا تكون مبـاحة الأصل والاحراز وحده هو الذى أثبت ملكيتها كالطير بعد صيده والسمك والجواهر واللآلىء بعد الاستيلاء عليها وذلك اذا سرقت من الصائد نفسه بعد حيازته لها ، أما من سرقها ممن آلت اليه من هؤلاء كحوانيت المجوهرات فهؤلاء فقط فيهم القطع أما الأولون فيلس فيهم القطع وهذا قول أبى حنيفة وأحمد بن حنبل ، لأن الشركة الطبيعية فى هـذه الأشياء المبـاحة لا تزال آثارها ثابتة •

دليلنا أنه يجب القطع لأن الملكية الخاصة استقرت بالصيد أو بعـلاج استخراج الجواهر من البحار وفى هذا من العناء والمشقة ما فيه ، وقـد زالت الشركة العامة بالصيد والاستيلاء وبقولنا قال مالك وأصحابه رضى الله عنهم ومنهم من قال : انه لا قطع فى الأموال التى تكون منفعتها عامة ، وان كانت فى ملك خاص كالمصاحف ونحوها مما يكون الانتفاع بها قربة نتقرب بها الى الله تعالى •

وبالجملة فان تضييق أسباب القطع وجعل دائرة السرقة ضئيلة متقاصرة

صيانة للأبدان من التشويه الى درجة أننا نبحث عن الأمور التى ينطبق عليها وصف السرقة الموجبة للقطع فنجدها أحوالا تكاد تكون نادرة ، واننا لم نذكر فيمن لا قطع عليه من يسرق محتاجا للقوت ، أو يسرق محتاجا لعلاج ولده أو والده أو زوجته ، ولجأ الى السرقة للحصول على مال يسعف بها سقيما أو يغيث ملهوفا ، وليست السرقة بحرفة أو هواية له ، ولكنا مع ندرة القطع انما نعلن أحكام الله ونجعلها سلطة ومشهرة ليكون فيها من الترويع للسارقين ما يحفظ أمن الآمنين .

ثم اننا اذا دعونا الى تطبيق حد السرقة فانه لا قطع الا فيما أجمع الفقهاء على القطع فيه حيث يعد الاختلاف شبهة تدرأ الحد ، لأنه اذا كان هناك اختلاف فاننا نأخذ بقول من يمنع القطع ، ولا نأخذ بقول من يتشدد لأن موطن الخلاف يكون فيه شبهة والحدود تسقط بالشبهات كما قررنا آنفا ثم ان عقوبة السرقة للترويع وأفزع للسارقين وان ذلك يتحقق باعلان العقوبة فقط وثبوت التطبيق ، ولو فى أيد محدودة ، فان العبرة فى الترويع بالاعلان من غير نظر الى الأيدى أو قلتها ، وان البلاد التى تطبق هذا الحد الحاسم لمادة الشر لا تقطع الا أيد قليلة لو وزنت بجرائم السرقات التى تذهب الأرواح فى سبيلها لا تعد شيئا مذكورا بجوارها فعلى الذين يذهب بهم فرط شفقتهم بالمجرمين أن يعلموا أن الأيدى التى ستقطع ستكون قليلة جدا ولكنها جاسمة قاطعة رادعة للأشرار والله عليم حكيم هكذا أفاده الشيخ أبو زهرة رحمه الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجب القطع فيما سرق من غير حرز لما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن رجلا من مزينة قال : « يا رسول الله كيف ترى فى حريسة الجبل ؟ قال : ليس فى شىء من الماشية الا ما آواه المراح وليس فى شىء من الثمر المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما اخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع » فأسقط القطع فى الماشية الا ما آواه المراح وفى الثمر المعلق الا ما آواه الجرين فدل على ان الحرز شرط فى ايجاب القطع ويرجع فى الحرز الى ما يعرفه الناس حرزا فما عرفوه حرزا قطع بالسرقة منه**

وما لا يعرفونه حرزاً لم يقطع بالسرقة منه لأن الشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد من جهة الشرع فوجب الرجوع فيه الى العرف كالقبض والتفرق فى البيع واحياء الموات فان سرق مالا مثمنا كالذهب والفضة والخز والقز من البيوت او الخانات الحريزة والدور المنيعة فى العمران ودونها اغلاق وجب القطع ، لأن ذلك حرز مثله . وان لم يكن دونها اغلاق فان كان فى الموضع حافظ مستيقظ وجب القطع لأنه محرز به وان لم يكن حافظ أو كان فيه حافظ نائم لم يجب القطع لأنه غير محرز فان سرق من بيوت فى غير العمران كالرباطات التى فى البرية والجواسق التى فى البساتين - فان لم يكن فيها حافظ - لم تقطع مغلقا كان الباب أو مفتوحا لأن المال لا يحرز فيه من غير حافظ وان كان فيها حافظ فان كان مستيقظا قطع السارق مغلقا كان الباب او مفتوحا لأنه محرز به وان كان نائما فان كان مغلقا قطع لأنه محرز وان كان مفتوحا لم يقطع لأنه غير محرز وان سرق متاع الصيادلة والبقالين من الدكاكين فى الأسواق ودونها اغلاق او درابات وعليها قفل أو سرق اوانى الخزف ودونها شرايح القصب فان كان الأمن ظاهرا قطع السارق لأن ذلك حرز مثله وان قل الأمن فان كان فى السوق حارس قطع لأنه محرز به وان لم يكن حارث لم يقطع لأنه غير محرز وان سرق باب دار أو دكان قطع لأن حرزه بالنصب وان سرق حلقة الباب وهى مسمرة فيه قطع لأنها محرزة بالتسمير فى الباب وان سرق آجر الحائط قطع لأنه محرز بالتشريج فى البناء وان سرق الطعام أو الدقيق فى غرائر شد بعضها الى بعض فى موضع البيع قطع على المنصوص فمن اصحابنا من قال ان كان فى موضع مامون فى وقت الأمن فيه ظاهر ولم يمكن اخذ شىء منه الا بحل رباطه او فتق طرفه قطع لأن العادة تركها فى موضع البيع ومن اصحابنا من قال لا يقطع الا ان يكون فى بيت دونه باب مغلق ، وهو الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى غير العراق ، وان سرق حطبا شد بعضه الى بعض بحيث لا يمكن ان يسل منه شىء الا بحل رباطه قطع لأنه محرز بالشد . وان كان متفرقا لم يقطع لأنه غير محرز ومن اصحابنا من قال لا يقطع الا ان يكون فى بيت دونه باب مغلق مجتمعا كان أو متفرقا وان سرق اجزاعا ثقالا مطروحة على أبواب المساكن قطع لأن العادة فيها تركها على الأبواب .

الشرح حديث عبد الله بن عمرو طريقه عمرو بن شعيب عن أبيه عنه أخرجه النسائى وأحمد بلفظ : « سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التى توجد فى مراتعها ، قال : فيهما ثمنها مرتين : وضرب نكال ، وما آخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن . قال : يا رسول الله فالثمار وما آخذ منها فى أكمامها ، قال : من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شىء ومن احتمل فعليه ثمنه

مرتين وضرب نكال ، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن » وقد أخرج هذا الحديث النسائى وأبو داود بلفظ : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثمر المعلق فقال : « من أصاب منه بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنه فلا شىء عليه ، ومن خرج بشىء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ، ومن سره منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » ولابن ماجه معناه ، وزاد النسائى فى آخره : « وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال » .

اما اللغات فقد قال ابن الأثير فى النهاية : والحريسة فعيلة بمعنى مفعولة أو أن لهـا من يحرسها ويحفظها ، ومنهم من يجعل الحريسة السرقة نفسها ، يقال : حرس يحرس حرسا اذا سرق ، فهو حارس ومحترس ، أى ليس فيما يسرق من الجبل قطع . ومنه الحديث ، « أنه سئل عن حريسة الجبل فقال : فيها غرم مثلهـا وجلدات نكالا ، فاذا آراها المراح ففيهـا القطع » ويقال للشاة التى يدركها الليل قبل أن تصل الى مراحها : حريسة . وفلان يأكل الحرسات : أذا سرق أغنام الناس وأكلهـا ، والاحتراس أن يسرق الشىء من المرعى . قاله شمر .

أما المراح فانه الموضع الذى تروح اليه الماشية ، أى تأوى اليه ليلا ، وأما بالفتح فهو الموضع الذى يروح اليه القوم ، أو يروحون منه كالمغدى ، للموضع الذى يغدى منه . أما الثمر المعلق ، فهو ما دام على القنو معلقا على النخلة . وأما الجرين فهو موضع تجفيف التمر ، وهو له كالبيدر للحنطة ، ويجمع على جرن بضمتين . وأما المجن فهو الترس ، لأنه يوارى حامله : أى يستره والميم زائدة . ومنه حديث على رضى الله عنه : « كتبت الى ابن عباس رضى الله عنهما : قلبت لابن عمك ظهر المجن » هذه كلمة تضرب مثلا لمن كان لصاحبه على مودة أو رعاية ثم حال عن ذلك ويجمع على مجان . والشىء المثمن أى الثمين ، والخان دكان البدال أو موضع نزول المسافرين ، والأغلاق جمع غلق وهو القفل ، وكل ما يغلق به الباب ، والجواسق جمع جوسق وهو منظر يبنى فى البستان ، ويقال للقصر : الجوسق .

أما الأحكام فانه لا يجب القطع فيما سرق من غير حرز ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد ، وقال داود : يجب عليه الحد • دليلنا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده الوارد فى الباب والذى خرجناه آنفا حيث أسقط صلى الله عليه وسلم القطع فى الماشية الا ما آواه المراح ، وفى الثمن المعلق الا ما آواه الجرين ، وليس بين الحالين فرق ، الا أن الشىء محرز فى أحد الموضعين دون الآخر فدل على أن الحرز شرط فى ايجاب القطع ، وقوله : حريسة الجبل ، لها تأويلان ، أحدهما : أنه أراد سرقة الجبل ، لأن السارق يسمى الحارس والحريسة السرقة • والثانى : أنها مسروقة الجبل •

اذا ثبت هذا فالحرز يختلف باختلاف المال المحرز : وقد يكون الحرز حرزا لبعض الأموال دون بعض • دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل حرز الماشية المراح ، وحرز الثمر المعلق الجرين ، لأنهما مالان ، فدل على أن الحرز يختلف باختلاف الأموال ، ولأن كل ما ورد به الشرع مطلقا ، وليس له حد فى اللغة ولا فى الشرع كان المرجع فى حده الى العرف والعادة ، كما قلنا فى التفرق والقبض فى البيع ، ووجدنا فى العرف والعادة أن الأحراز تختلف باختلاف الأموال ، وكان الاعتبار فى الحكم بالقطع بذلك •

اذا تقرر هذا نظرت ــ فان كان المال من الذهب والفضة والجواهر ، أو من متاع البزازين أو العطارين والصيادلة ــ فان ترك فى الدكان فى السوق وأغلق عليه الباب وأقفل فهو محرز بالنهار ، وأما الليل ــ فان كان الأمن ظاهرا ــ فهو محرز بذلك : وان كان الأمن غير ظاهر ــ فان كان فى الدكان حافظ مستيقظ ــ فهو محرز ، وان لم يكن فيه حافظ ، أو كان فيه حافظ نائم فهو غير محرز • وان ترك ذلك فى بيت نظرت ــ فان كان البيت فى البلاد أو القرى المسكونة ــ فان كان البيت مغلقا فهو محرز ، سواء كان فى البيت حافظ أو لم يكن ، لأن العادة جرت باحراز المال فيها هكذا ، وان كان البيت غير مغلق ، فان كان فى البيت حافظ مستيقظ فهو محرز ، وان لم يكن فيه حافظ أو كان فيه حافظ نائم فليس بمحرز الا أن تكون فى الدار خزانة مغلقة ، فما فيها محرز ــ فان لم يكن فى الدار حافظ

فان كان لبيت فى الصحراء أو البستان ـ فان كان فيه حافظ مستيقظ فهو حرز لما فيه ، وان لم يكن فيه حافظ فهو غير محرز لما فيه سواء كان البيت مفتوحا أو مقفلا لأن العادة لم تجر باحراز المال فيه من غير حافظ ، فان كان ابيت فيه حافظ نائم ـ فان كان البيت مقفلا ـ فهو حرز لما فيه : وان كان غير مقفل فليس بحرز لما فيه . قال المسعودى : وان كان داره فى ناحية بعيدة عن البلد بقرب الصحراء والخرابات فأغلق بابها وغاب عنها لم تكن حرزا لما فيها . وان كانت مفتوحة الباب وهو فيها مستيقظ فهو حرز لما فيها ، وان كان فيها وهو نائم فهل هى حرز لما فيها ؟ فيه وجهان اذا كان قريبا منه ، لأن العادة قد جرت بأن ينام صاحب الدار ساعة ويترك الباب مفتوحا ، والأول أصح كما لو نام فى صحراء وترك متاعه بين يديه لا يكون محرزا ، وان كان الباب مفتوحا لكن أذن الناس فى الدخول مثل الخبازين فسرق سارق من هذه الدار ورب الدار فيها مستيقظ . فهل يقطع ؟ فيه وجهان .

فـرع فأما أبواب البيوت فى الدار فحكمها حكم المتاع فى البيوت ـ فان كان باب الدار مغلقا ـ فهى محرزة . سواء كان فى الدار حافظ أو لم يكن ، اذا كانت الدار فى العمران ، وسواء كانت أبواب البيوت مفتوحة أو مغلقة ، وان كان باب الدار مفتوحا ـ فان كان فى الدار حافظ فأبواب البيوت محرزة ، مغلقة كانت أو مفتوحة . فان لم يكن فى الدار حافظ ـ فان كانت أبواب البيوت مغلقة فهى محرزة بذلك ، وان كانت غير مغلقة فهى غير محرزة . وأما باب الدار فهو محرز بنصبه على الدار مغلقا كان أو مفتوحا ، وأما الحلقة التى على الباب فان كانت مسمرة فهى محرزة بذلك ، وان كانت غير مسمرة فهى غير محرزة . وأما الآجر والأحجار واللبن فانها محرزة ببنائها على الحائط ، لأن العادة جرت بحفظ ذلك كذلك . وان ضرب فسطاطا أو خيمة فى صحراء أو برية ـ ثم شد الفسطاط بالأوتاد ، ولم يرسل ذيله ونام فيه ـ فان سرق سارق شيئا مما فيه لم يقطع ، وان سرق الفسطاط قطع ، لأنه محرز بالشد . قال الشافعى رحمه الله : ان كان الحافظ مستيقظا قطع سواء كان الفسطاط أو ما فيه بين

الفساطيط وشد أطنابه ، وترك فيه متاعا ، أو كان فى الفسطاط أو على بابه حافظ مستيقظ أو نائم ، فالفسطاط وما فيه حرز ، لأن عادة الفسطاط وما فيه هكذا محرز ، وان لم يكن فيه ولا على بابه حافظ فالفسطاط غير محرز ، لأن العادة لم تجر بأن الفسطاط لم يضرب فى الصحراء ، ولا يكون فيه أحد . هذا نقل أصحابنا العراقيين . وقال المسعودى : ان ضرب الفسطاط فى الصحراء مع الجماعة فهو بمنزلة الدار ويكون حرزا لما فيه اذا كانت مشدودة الأوتاد ، وان ضرب فسطاطا فى مفازة وحده ولم يكن معه من يتقوى به فذلك الفسطاط لا يكون حرزا لما فيه ، لأنه لا يعد حرزا فى البلد ان نام .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : والحنطة حرزها أن تترك فى الجوالقات وتطرح فى وسط السوق ويضم بعضها الى بعض وتخيط رأسها أو تشد أو يطرح بعضها على بعض ويطرح عليها حلس أو أكسية ويشد ، فمن أصحابنا من قال : هذا الذى قاله الشافعى رحمه الله على عادة أهل مصر لأنهم هكذا يحرزون الحنطة فى موضع البيع ، فأما أهل العراق وخراسان فلا يكون حرزه الا فى البيوت والأقفال ، ومنهم من حمله على ظاهره فى جميع البلاد ، لأن ما ثبت له العرف أنه حرز لشىء فى بلد كان ذلك حرزا له فى جميع البلاد ، وأما الحطب فحرزه أن يعبأ بعضه فوق بعض وربطه بخيط بحيث لا يمكن سل شىء منه الا بحل رباطه ، ومن أصحابنا من قال : هذا حرزه نهارا ، وأما الليل فلابد من باب يغلق عليه أو ما يقوم مقامه ، والأول أصح . وأما الأجذاع فأحرازها أن تطرح على أبواب المساكن ، لأن العادة جرت باحرازها كذلك .

فرع وان دخل رجل أرض غيره وأخذ من حب مبذور فيها يساوى نصابا ففيه وجهان حكاهما المسعودى . أحدهما : يجب عليه القطع لأنه سرق البذر من حرز . والثانى : لا يجب عليه القطع ، لأن حرز كل حبة غير حرز الحبة الأولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان نبش قبرا وسرق منه الكفن ــ فان كان فى برية ــ لم يقطع لانه ليس بحرز للكفن وانما يدفن فى البرية للضرورة ، وان كان فى مقبرة تلى العمران قطع لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقنـاه ، ومن نبش قطعناه)) ولأن القبر حرز للكفن . وان كان الكفن اكثر من خمسـة أثواب فسرق ما زاد على الخمسة لم يقطع ، لأن ما زاد على الخمسة ليس بمشروع فى الكفن فلم يجعل القبر حرزا له ، كالكيس المدفون معه . وان آكل السـبع الميت وبقى الكفن ففيه وجهان أحدهما : أنه ملك للورثة يقسم عليهم ، وهـو قول ابى على ابن أبى هريرة وأبى على الطبرى ، لأن ذلك المال ينتقل اليهم بالارث ، وانما اختص الميت بالكفن للحـاجة ، وقد زالت الحـاجة فرجع اليهم ، والثانى انه لبيت المال لأنهم لم يورثوه عند الموت فلم يرثوه بعده .

الشرح حديث البراء بن عازب أخرجه البيهقى وأعله بمن يجهل حاله من رواته ، وقد مضى الكلام عليه فى الجنايات .

أما الأحكام فقد قال المصنف وان نبش قبرا وسرق منه الكفن ــ فان كان فى برية ــ لم يقطع ، وان كان فى مقبرة تلى العمران قطـع ، لأن البرية ليست بحرز الكفن ، وانما يدفن فى البرية للضرورة ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى وابن الصباغ : اذا نبش قبرا وأخذ منه الكفن قطع من غير تفصيل ، وبه قال ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز والحسن البصرى والنخعى وربيعة وحماد ومالك وأبو يوسف وأحمد واسحاق بن راهويه ، وقال المسعودى : اذا سرق كفنا من القبر ــ فان كان القبر فى موضع حريز بحيث لو كان هناك مال على جه الأرض فسرق وجب على سارقه القطع ــ قطع سارق الكفن منه ، وان كان القبر فى موضع بعيـد من العمران مثل مفازة لا يحتاج السارق فى السرقة الى انتهاز الفرصة لم يقطع ، وان كان القبر فى مقبرة قريبة من العمران يمر فيها الناس بحيث يحتاج السارق فى سرقة الكفن الى انتهاز الفرصة فى السرقة منها ، فهى يقطع ؟ فيه وجهان ، وكذلك ما هو مدفون هناك غير الكفن ، هذا هو مذهبنا ومذهب أحمـد وأصحابه فقد قال الخرقى : اذا أخرج النباش من القبر كفنـا قيمته ثلاثة

دراهم قطع ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى : لا يجب القطع على سارق الكفن من القبر بحال دليلنا قوله تعالى : « والسـارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » والسارق اسم جنسي يتناول كل من أخذ الشيء على وجه الاستخفاء ، وان كان كل نوع من السرقة يختص باسم فيقال لمن نقب نقابا ، ولمن أخذ الشيء من الجيب نشالا ، أو طراء ، ولمن أخذ الكفن من القبر نباشا ويسمى النباش المختفى ، ولهذا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لعن الله المختفى والمختفية » وأراد به النباش كما أفاده الماوردى فى الحاوى والعمرانى فى البيان والفورانى وغيرهم ، ومن الدليل على وجوب القطع حديث البراء بن عازب مرفوعا : « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه ، ومن نبش قطعناه » وروى أن ابن الزبير رضى الله عنه قطع نباشا بعرفات ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فدل على أنه اجماع ، ولو أن القطع انما وجب احرازا للأموال ، وصيانة لها ، وكفن الميت أحق بذلك ، لأن الحى اذا أخذت ثيابه استخلف بدلها ، والميت لا يستخلف ، فكان بايجاب القطع لصيانة ثيابه أولى .

فــرع فان كفن الميت فى أكثر من خمسة أثواب ، أو دفن فى تابوت فسرق سارق ما زاد على الخمسة أثواب أو سرق التابوت من القبر لم يقطع لأن ذلك غير مشروع فى الكفن والدفن ، فلم يجعل القبر حرزا له ، كما لو دفن فى القبر دراهم أو دنانير . قال الماسرجسى : فان أخذ السارق من الطيب الذى طيب به الميت ما يساوى نصابا قطع ، الا أن يزيدوا على القدر المستحب فى الطيب فلا يقطع السارق بسرقة ما زاد على المستحب قال ابن الصباغ : وعندى أنه لا يجتمع من الطيب المستحب ما يساوى نصابا ، لأن المستحب فى تطييبه للتجمير فى العـود وأن يطرح مع الحنوط ، وذلك ما لا يجتمع . فان كان مجتمعا فلا قطع فيه .

فــرع واختلف أصحابنا فيمن يملك الكفن . فمنهم من قال : الكفن باق على ملك الميت ، لأنه محتاج اليه فكان باقيا على ملكه . وان كان لا يجوز أن يدخل شيء فى ملكه ابتداء ، كما اذا مات وعليه دين فان الدين يكون باقيا فى ذمته ، وان كان لا يجوز أن يثبت فى ذمته دين ابتداء .

ومنهم من قال : انه غير مملوك لأحد ، بل لله تعالى ، لأنه لا يجوز أن يكون مملوكا لورثته لأنهم لا يملكون التصرف فيه ، ولا يجوز أن يكون مملوكا للميت ، لأن الميت لا يملك ، ومنهم من قال : انه مملوك للورثة ، وهو الأصح • لأنهم يملكون التركة والكفن من جملتها • فاذا كفن الميت يكفن من تركته فأكل السبع الميت أو ذهب به وبقى الكفن ـ فان قلنا : ان الكفن ملك للورثة ـ قسم بينهم • وان قلنا : انه ملك للميت أو لا مالك له نقل الى بيت المال • ومن الذى يطلب بقطع سارق الكفن ؟ ان قلنا : انه ملك للورثة فهم الطالبون بقطعه • وان قلنا : انه لا مالك له ، فان الامام أو الحاكم يقطع سارقه من غير مطالبة منهم كما يقطع سارق مال الطفل والمجنون اللذين لا ولى لهما • وان كفن السيد عبده فلمن يكون الكفن ملكا ؟ فيه وجهان • أحدهما : أنه ملك للسيد • والثانى : أنه لا يملكه أحد ولا يجىء فيه أنه ملك للعبد • لأنه لا ملك الا بتمليك السيد على القول القديم ولم يملكه اياه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان نام رجل على ثوب فسرقه سارق قطع ، لما روى أن صفوان بن أمية قدم المدينة فنام فى المسجد متوسدا رداءه ، فجـاءه سارق فاخذ رداءه من تحت رأسه ، فاخذ صفوان السارق فجاء به النبى صلى الله عليه وسلم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقطع يده ، فقال صفوان : انى لم أرد هذا ، هو عليه صدقة ، فقال رســول الله صلى الله عليه وسلم ((فهلا قبل أن تأتينى به ؟)) ولأنه محرز به • وان زحف عنه فى النوم فسرق لم يقطع لأنه زال الحرز فيه ، وان ضرب فسطاطا وترك فيه مالا فسرق وهو فيه ، أو على بابه نائم أو مستيقظ ، قطع • لأن عادة الناس احراز المتاع فى الخيم على هذه الصفة ، وان لم يكن صاحبه معه لم يقطع الســارق ، لأنه لا يترك الفسطاط بلا حافظ •

فصـــل وان كان ماله بين يديه ـ وهــو ينظر اليه فتغفله رجل وسرق ماله ـ قطع لأنه سرق من حرزه ، وان نام أو اشتغل عنه أو جعله خلفه بحيث تناله اليد فسرق لم يقطع ، لأنه سرقه من غير حرز ، وان علق الثياب فى الحمام ولم يأمر الحمامى بحفظها فسرقت لم يضمن الحمامى ، لأنه لا يلزمه حفظهــا ، ولا يقطع الســارق لانه سرق من غير حرز لأن الحمـام

مستطرق ، وان أمر الحمامي بحفظها فسرقت ـ فان كان الحمامي مراعيا ـ لم يضمن لأنه لم يفرط ، ويقطع السارق لأنه سرق من حرز • وان نام الحمامي أو تشاغل عن الثياب فسرقت ضمن الحمامي ، لأنه فرط في الحفظ ، ولم يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز •

فصل فان سرق ماشية من الرعى نظرت ـ فان كان الراعي ينظر اليها ويبلغها صوته اذا زجرها ـ قطع السارق ، لأنها في حرز ، وان سرق والراعي نائم ، أو سرق منها ما غاب عن عينه بحائل ، لم يقطع ، لأن الحرز بالحفظ ، وما لا يراه غير محفوظ ، وان سرق ما لا يبلغها صوته لم يقطع ، لأنها تجتمع وتفترق بصوته ، واذا لم يبلغها صوته لم تكن في حفظه ، فلم يجب القطع بسرقته ، وان سرق ماشية سائرة او جمالا مقطرة ـ فان كان خلفها سائق ينظر اليها جميعها ويبلغها صوته اذا زجرها ـ قطع لأنها محرزة به ، وان سرق ما غاب عن عينه أو ما لم يبلغه صوته لبعده لم يقطع ، لما ذكرناه في الراعية ، وان كان مع الجمال قائد اذا التفت نظر الى جميعها وبلغها صوته اذا زجرها ، واكثر الالتفات اليها قطع ، لأنها محرزة بالقائد ، وان سرق مالا ينظر اليه اذا التفت أو لا يبلغه صوته ، أو لم يكثر الالتفات اليها لم يقطع ، لأنه سرق من غير حرز ، وان كانت الجمال باركة ـ فان كان صاحبها ينظر اليها ـ قطع السارق ، لأنها محرزة بحفظه ، وان سرق وصاحبها نائم ـ فان كانت غير معقلة ـ لم يقطع لأنها غير محرزة ، وان كانت معقلة قطع ، لأن عادة الجمال اذا نام أن يعقلها ، وان كان على الجمال احمال كان حرزها كحرز الجمال ، لأن العادة ترك الأحمل على الجمال •

الشرح خبر صفوان بن أمية أخرجه أبو د ود والنسائي وابن ماجه وأحمد في مسنده ومالك في الموطأ والدارقطني والشافعي والحاكم من طرق منها عن ابن عباس قال البيهقي وليس بصحيح ، ومنها عن طاوس عن صفوان قال ابن عبد البر : سماع طاوس عن صفوان ممكن لأنه أدرك زمن عثمان • وروى عنه أنه قال : أدركت سبعين صحابيا ، ورواه مالك عن الزهري عن عبيد الله بن صفوان عن أبيه ، وقد صححه ابن الجارود والحاكم ، وله شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال ابن حجر في التلخيص : وسنده ضعيف ، ورواه البزار والبيهقي عن طاوس مرسلا ، ورواه البيهقي عن الشافعي عن مالك أن صفوان بن أمية هكذا معضلا ، وأخرجه أيضا البيهقي من حديث حميد ابن أخت صفوان عن صفوان •

اما اللغات فقوله : (زحف عنه) أى انزلج وانسل وتزحزح قليلا قليلا من زحف الصبى على الأرض ، وذلك قبل أن يمشى . والفسطاط بضم الفاء وكسرها المدينة التى فيها مجتمع الناس ، وكل مدينة فسطاط . وفى الحديث : « عليكم بالجماعة فان يد الله على الفسطاط » قال الزمخشرى : « الفسطاط ضرب من الأبنية فى السفر دون السرادق .

اما الأحكام فاذا كان معه ثوب أو شيء خفيف فتركه تحت رأسه ونام عليه ، أو فرشه تحته ونام عليه فى صحراء أو مسجد فسرقه سارق من تحت رأسه أو من تحت جنبيه قطع ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه ، ولأن العادة فى الأشياء الخفيفة أن تحرز هكذا ، فان تزحزح عنه فى النوم وخرج من تحته أو رفعه السارق من الثوب ثم أخذ الثوب ثم سرقه سارق لم يقطع ، لأنه خرج عن أن يكون محرزا ، وان ترك الثوب أو المتاع بين يديه وهو ينظر اليه فهو محرز به ، فان تغفله السارق وسرقه قطع لأنه محرز به ، وان نام أو تشاغل عنه فهو غير محرز ، فان سرقه انسان لم يقطع . قال المصنف : وكذلك لو تركه خلفه بحيث لا تناله اليد فسرقه سارق لم يقطع ، لأنه غير محرز . قال الشافعى رحمه الله فى الأم : ولو ترك متاعه بين يديه فسرق لم يقطع سارقه . قال أصحابنا : أراد بذلك اذا نام . هكذا نقل أصحابنا العراقيين . وقال الخراسانيون : اذا ترك متاعه فى موضع وقعد بقربه بحيث يقع بصره عليه ، فان كان ذلك الموضع لا يمر منه الناس غالبا مثل صحراء متباعدة عن الشارع فتغفله انسان فسرقه قطع . وان كان ذلك الموضع يمر فيه الناس غالبا ، أو كان مشتركا بين جماعة الناس كالمسجد وقارعة الطريق ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يجب عليه القطع ، لأن ذلك منتاب الناس فلا يكمل حرزا . والثانى : يجب عليه القطع كالتى قبلها ، وان وضع متاعه فى موضع غير محاط الجدران ، أو كان محاطا لكن الباب مفتوح ونام بقربه ، فان كان ذلك الموضع ليس بملك له ، لم يقطع سارق متاعه منه ، لأن المكان لا يملكه ، ولم يحفظ متاعه بل ضيعه ، وان كان المكان ملكا له ففيه وجهان . أحدهما : أن المال محرز . لأن المكان ملكه وهو فيه ، وقد جرت

العادة بأن ينام صاحب الساعة والساعتين والباب مفتوح . والثانى : أنه غير محرز ، لأن المكان ــ وان كان ملكه ــ فالباب مفتوح والنائم كالغائب.

فـــرع وان علق ثيابه فى الحمام فسرقها سارق من هناك ، فان أمر الحمامى أو غيره بمراعاتها فراعاها وسرقها سارق فى حال مراعاته لها ، قطع السارق ، لأنها محرزة لمن يراعيها ، وان لم يراعهـا أحد لم يقطـع السارق ، لأنها غير محرزة ، لأن الحمام مستطرق ، وقال أحمد : ليس على سارق الحمام قطع . وقال فى رواية ابن منصور : لا يقطع سارق الحمـام الا أن يكون على المتاع قاعد مثل صفوان ، وهذا قول أبى حنيفـة لأنه مأذون للناس فى دخوله فجرى مجرى سرقة الضيف المأذون له فى دخوله .

مســألة فان سرق سارق من الابل ــ فلا يخلو اما أن يسرق منها وهى فى المرعى ، أو يسرق منها وهى منـاخة ، أو يسرق منهـا وهى مقطرة ، فان سرق منها وهى فى المرعى نظرت ــ فان كان معها راع ، وهو ينظر الى جميعها ، ويبلغها صوته اذا زجرها ــ قطع لأنها محرزة ، وان كان لا ينظر اليها بأن غابت عنه بخيل أو غيره ، أو نام عنها أو تشاغل أو كان ينظر اليها ولا يبلغها صوته اذا زجرها لم يقطع ، لأنها غير محرزة ، وان كان ينظر الى بعضها دون بعض قطع سارق الذى ينظر اليه دون الذى لا ينظر اليه ، وان سرق منها وهى مناخة ــ فان كان معها حافظ ينظر اليها ــ فهى محرزة ، وان كان لا ينظر اليها ولكن هى معقولة ومعها حافظ بقربها فهى محرزة سواء كان مستيقظا مستقلا عنها أو نائما ، لأن العـادة جرت أن الرعاة والمسافرين اذا أرادوا النوم عقلوا ابلهم وناموا بقربها ، لأن حل العقال يوقظ النائم ، وينبه المتغافل ، وان كانت غير معقلة وحافظها نائم بقربها ، أو كانت معقلة ولا حافظ معها نائم ولا مستيقظ لم يقطع سارقها لأنها غير محرزة ، لأن العادة لم تجر باحرازها كذلك . وان سرقت منها وهى مقطرة ــ فان كان معها سارق ينظر اليها ويبلغها صوته اذا زجرها ، أو كان لها قائد ينظر اليها ويبلغها صوته اذا زجرها ــ قطع سارقها ، لأنها محرزة . هكذا ذكر الشيخ المصنف هنا فى المهذب وفى التنبيه . وأما الشيخ أبو حامد الاسفراينى وأكثر أصحابنا فانهم لم يشترطوا بلوغ صوته اليها فى

شيء من ذلك . وقال أحمد وأصحابه : ان كان معها من يسوقها فحرزها نظره اليها فقط سواء كانت مقطرة أو غير مقطرة ، وما كان منها بحيث لا يراه فهي غير محرزة ، وان كان معها قائد فحرزها أن يكثر الالتفات اليها والمراعاة لها ، ويكون بحيث يراها اذا التفت .

وقال أبو حنيفة : لا يحرز القائد الا التى زمامها بيده ، لأنه يوليها ظهره ولا يراها الا نادرا فيمكن أخذها من حيث لا يشعر .

دليلنا أن العادة جرت فى حفظ الابل بمراعاتها بالالتفات فكان ذلك حرزا لها كالتى زمامها بيده .

اذا ثبت هذا فان أصحابنا العراقيين لم يقدروا القطار بعدد ، بل اشترطوا ما مضى ، وأما المسعودى فاشترط ألا يزيد القطار الواحد على تسع ، لأن هذا هو العرف فى القطار — فان زاد القطار على ذلك — كان ما زاد غير محرز . قال : وان كان القطار تسعا الا أن الجمال يقودها فى سكة متقاربة اليه بحيث يغيب عن الجمال بعض الابل ، فمن سرق مما قد غاب عن عينه شيئا لم يقطع .

فـــرع وان سرق سارق سيارة من حظيرتها « جراج » وكانت الحظيرة لها حارس أو بواب قطع ، وان كانت مام الحظيرة وهى مغلقة والمنادى أو الحارس يقف على طوار الموقف ينظر اليها قطع سارقها ، أما اذا تركت السيارة غير مغلقة وليست فى موقف مخصص لوقوف السيارات وليس فى الموقف حارس فلا يقطع سارقها ؛ لأنها ليست محرزة ، فان كان صاحبها فى مكان قريب منها كأن نزل منها لشراء حاجاته من دكان ووقف أمام باب الدكان فسرقها سارق قطع ، لأن ركوبها وادارة محركها والضغط على صمام الوقود كل ذلك يحدث صوتا وينبه صاحبها فكانت فى حرزه .

فـــرع اذا كانت البضاعة محملة على قطار أو سيارة نقل معبأة فى جوالقها أو « بالاتها » أو استلها من رصتها من تحت شدتها المعقودة عليها من حبال أو جنازير قطع ، لأنه حرز مثلها ، وان سرق السيارة

بما عليها من حملها قطع ، وقال أبو حنيفة : ان سرق السيارة والمتاع المحمول عليها لم يقطع ، وان فتق الجوالق عليها وسرق منها المتاع قطع . دليلنا أن السيارة وما عليها محرزة بصاحبها أو قائدها أو تابعها فقطع سارقها كما لو سرق متاعا محرزا به بالبيت .

فرع وان سرق من ماشية كالبقر والغنم والخيل والبغال والحمير ـ وهذه لا يعقل أن تكون مقطرة ولا مناخة ، وانما يتصور أن تكون راعية أو فى موضع تأوى اليه ، فان كانت راعية فحكمها حكم الابل الراعية ، على ما مضى . قال المسعودى : فان أرسل الراعى غنمه فى سكة وفى السكة دور أبوابها مفتوحة الى تلك السكة لم تكن محرزة ، فاذا أوت الى موضع فالحكم فيها وفى الابل اذا أوت الى أعطانها واحد . فلا يخلو اما أن يكون فى البلد أو الصحراء ـ فان كانت فى البلد فى بيت ـ فان كان معها حافظ مستيقظ فهى محرزة ، سواء كان باب البيت مفتوحا أو مغلقا ، وان كان معها حافظ نائم ـ فان كان البيت مقفلا ـ فهى محرزة ، وان كان مفتوحا فهى غير محرزة كما قلنا فى المتاع فى البيت ، وان دخل رجل مراحا لغنم أو كانت فى غير مراح الا أنها محرزة بحافظ فحلب من ألبانها ، أو أخذ من أصوافها ما يساوى نصابا قطع ، لأن حرز الغنم حرز لما فيها من اللبن ولما عليها من الصوف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب القطع الا بأن يخرج المال من الحرز بفعله ، فان دخل الحرز ورمى المال الى خارج الحرز ، أو نقب الحرز وادخل يده أو محجنا معه فاخرج المال قطع ، وان دخل الحرز واخذ المال ودفعه الى آخر خارج الحرز قطع ، لأنه هو الذى اخرجه فان اخرجه ولم يأخذ منه الآخر فرده الى الحرز لم يسقط القطع ، لأنه وجب القطع بالاخراج فلم يسقط بالرد ، وان بط جيبه أو كمه فوقع منه المال أو نقب حرزا فيه طعام فانثال قطع ، لأنه خرج بفعله ، وان كان فى الحرز ماء جار فترك فيه المال حتى خرج الى خارج الحرز قطع ، لأنه خرج بسبب فعله ، فان تركه فى ماء راكد فحركه حتى خرج المال قطع ، لما ذكرناه ، وان حركه غيره لم يقطع لأنه لم يخرج المال بفعله ، وان تفجر الماء وخرج المال ففيه وجهان احدهما : انه يقطع ، لأنه سبب

لخروجه ، والثانى : انه لا يقطع ، لان خروجه بالانفجار الحادث من غير فعله ، وان وضع المال فى النقب فى وقت هبوب الريح فاطارته الريح الى خارج الحرز قطع ، كما لو تركه فى ماء جار ، وان وضعه ولا ريح ثم هبت ريح فاخرجته ففيه وجهان كما قلنا فيما لو تركه فى ماء راكد فنفجر الماء فخرج به ، فان وضع المال على حمار ثم قاده أو ساقه حتى خرج من الحرز قطع . لأنه خرج بسبب فعله ، وان خرج الحمار من غير سوق ولا قود ففيه وجهان ، احدهما : انه يقطع ، لأن عادة البهائم اذا أثقلها الحمل أن تسير ، والثانى : انه لا يقطع ، لأنه سار باختياره ، وان ثقب الحرز وأمر صغيرا لا يميز باخراج المال من الحرز ، فأخرجه قطع ، لأن الصغير كالآلة ، وان دخل الحرز واخذ جوهرة فابتلعها وخرج ففيه وجهان أحدهما : انه لا يقطع ، لأنه استهلكها فى الحرز ، ولهذا يجب عليه قيمتها فلم يقطع ، كما لو أخذ طعاما فأكله ، والثانى : انه يقطع لأنه أخرجه من الحرز فى وعاء فأشبه اذا جعلها فى جيبه ثم خرج . وان أخذ طيبا فتطيب به ثم خرج — فان لم يمكن أن يجتمع منه قدر النصاب — لم يقطع ، لأنه استهلكه فى الحرز . فصار كما لو كان طعاما فأكله ، وان أمكن أن يجتمع منه قدر النصاب ففيه وجهان احدهما : انه لا يقطع ، لأن استعمال الطيب اتلاف له فصار كالطعام اذا أكله فى الحرز ، والثانى : انه يقطع لأن عينه باقية ، ولهذا يجوز لصاحبه أن يطالبه برده .

الشرح قوله : (محجنا) المحجن هو عود معقف الطرف ، وأصله من الحجن بالتحريك . وفى القاموس : حجن العود يحجنه : عطفه ، كحجنه ، ومحجن كمنبر ، العصا المعوجة ، وكل معطوف معوج . وقوله : (اثال) من نثل الركية استخرج ترابها ، وأنثل الكنانة استخرج نبلها فنثرها ، ونثل درعه ألقاها عنه ، ونثل اللحم فى القدر وضعه فيها مقطعا ، وامرأة نثول : تفعل ذلك كثيرا . وتناثلوا اليه انصبوا . قوله : « وان بط جيبه » قال فى القاموس : بط الجرح شقه .

أما الأحكام فانه لا يجب القطع على السارق الا بأن يخرج المال من الحرز بفعله — فان دخل مراح غنم ونفرها حتى خرجت — قطع لأنها خرجت بفعله ، فان خرجت من غير تنفير لم يقطع . لأنها لم تخرج بفعله ، وان أخذ منها شاة لا تساوى نصابا فخرج فى أثرها شاة فكملت قيمتها نصابا فهل يقطع ؟ قال المسعودى : ينظر — فان كان الأغلب أنها تخرج على أثرها مثل ولدها : أو كانت الشاة التى أخذها هادية الغنم فتبعها غيرها قطع لأن اخراج التابع لها منسوب اليه . وقال صاحب التهذيب : لا يقطع ، لأن اتباع

الفصيل بسوق الام تسبب ، والقطع يجب بالمباشرة ، وهل يدخل الفصيل فى ضمانه ؟ فيه وجهان . وان لم يكن الأغلب ذلك لم يقطع . لأن الذى أخرج لا يساوى نصابا ، والذى تبعها لا ينسب خروجها اليه .

فـــرع . فان نقب رجل حرزا ودخل ورمى به ثم خرج وأخذه ، وجب عليه القطع ، لأن المال خرج باخراجه ، وان نقب الحرز ولم يدخل الحرز بل أدخل يده فى النقب وأخذ المال أو أدخل فى النقب محجنا وتناول به المال وأخرجه وجب عليه القطع . وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القطع الا ان كان البيت صغيرا لا يمكنه الدخول فيه . دليلنا أنه أخرج بفعله ، فوجب عليه القطع ، كما لو كان النقب صغيرا ، أو ان كان فى جيب رجل أو كمه مال فبط رجل أسفله وخرج منه نصاب قطع . وكذلك ان كان هناك بيت فيه طعام فنقبه رجل وانثال من الطعام ما يساوى نصـــابا قطع ، لأنه خرج بسبب فعله . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون : هذه مبنية على من نقب حرزا فسرق منه ثمن دينار ثم عاد فسرق منه ثمنا آخر ــ فان قلنا هناك : يجب القطع ــ فهاهنا أولى . وان قلنا هنـــاك : لا يجب القطع . فهاهنا وجهان ، والفرق بينهما أن هناك ما أخرجه فى الدفعة الأولى مميز عما أخرجه فى الدفعة الثانية ، وها هنا الحنطة المنثالة يتصل بعضها ببعض ، فصارت كالمنديل يجره من الكيس فيخرج شيء بعد شيء ، وحكى صاحب الفروع فيها وجهين على الاطلاق . أحدهما : يجب عليـــه القطع لأنه هكذا يخرج . والثانى : ليس عليه القطع لأنه لم يخرج بفعله .

فـــرع فان نقب حرزا فدخل وترك المال فى ماء جار فى الحرز وخرج المال بجريان الماء قطع ، لأن ما خرج كان بسبب فعله ، وحكى الشيخ أبو حامد الاسفراينى وجها آخر أنه لا يقطع ، وليس بشيء ، فان حركه فى ماء راكد فى الحرز ، وحرك الماء خرج بالمال عن الحرز قطع لما ذكرناه ، وان حركه غيره لم يقطع لأنه لم يخرج بفعله . وان تفجر الماء وخرج بالمال ففيه وجهان . أحدهما : يجب عليه القطع لأنه أخرجه بوضعه فى الماء ، فهو كما لو وضعه فى الماء الجارى ، والثانى : لا يجب عليه القطع لأن الماء لم يكن آلة لاخراجه ، وانما خرج به بسبب حادث ، وان نقب حرزا وأخذ المـــال

وتركه فى النقب فى وقت هبوب الريح فأطار به الريح حتى أخرجه من الحرز قطع كما لو تركه فى ماء جار • وان تركه على النقب ولا ريح ثم هاجت ريح فأطارته حتى أخرجته ففيه وجهان ، كما لو تركه فى ماء راكد فتفجر الماء وأخرجه ، وان نقب حرزا فدخله وأخذ المال وتركه على بهيمة فساق البهيمة أو قادها حتى خرجت بالمال قطع ، لأنها خرجت بسبب فعله ، وحكى الشيخ أبو حامد أن من أصحابنا من قال : لا يقطع ، وليس بشىء • وأن لم يسق البهيمة ولم يقدها بل خرجت باختيارها ـ فاختلف أصحابنا فيه ـ فقال أكثرهم : فيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه القطع ، لأن للبهيمة قصدا واختيارا ، وقد خرجت باختيارها ، وقال أبو على السنجى : ان وقفت البهيمة بعد وضع المال عليها ساعة ثم سارت لم يقطع وجها واحدا ، وان سارت عقب الوضع فهل يقطع ؟ فيه وجهان ، قال : وهكذا لو وضع لولوا على جناح طائر ـ فان هيجه حتى خرج من الحرز ـ فعليه القطع ، وان كان عقيب الشد ففيه وجهان ، وكذلك ذكره البغوى •

وان نقب رجل حرزا وأمر صغيرا لا يميز ـ حرا كان أو عبدا ، فأخرج منه نصابا أو دخل هو ودفع النصاب الى الصغير وخرج به ـ وجب فيه القطع على الرجل ، لأن الصغير كالآلة له • ولهذا لو أمره بقتل انسان فقتله وجب عليه القتل • هكذا ذكر أكثر أصحابنا • وحكى صاحب الفروع فى وجوب القطع على الرجل وجهين ، كما لو وضع المال على البهيمة فخرجت به من غير قود ولا سوق • وان نهب رجل حرزا أو أمر صغيرا عاقلا مميزا فأخرج النصاب لم يجب على أحدهما القطع • لأن الرجل لم يخرج المال بفعله ، ولأن المميز له اختيار صحيح ، فلا يجعل بمنزلة الآلة له • وانما لم يجب عليه القطع لأنه ليس من أهل التكليف •

فـــرع وان نقب رجل حرزا وأخذ شاة فذبحها فى الحرز أو ثوبا فسقه فى الحرز ثم خرج بذلك ـ فان كان اللحم والثوب بعد شقه يساوى نصابا ـ قطع ، وان لم يساو نصابا لم يقطع • وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القطع بشاة ، لأن الأشياء الرطبة لا يجب عليه القطع بسرقتها عنده • وقال فى الثوب : اذا خرقه طولا لم يجب عليه القطع ، لأنه بالخيار

بين أن يدفع قيمته ويتملكه • وان خرقه عرضا وجب عليه القطع اذا كانت قيمته نصابا بعد الخرق • دليلنا أنه سرق نصابا لا شبهة له فيه من حرز مثله • فوجب عليه القطع كما لو وجده مخروقا ، وان سرق ما يساوى نصابا ثم نقصت قيمته بعد ذلك فصار لا يساوى نصابا لم يسقط عنه القطع ، وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : يسقط عنه القطع • دليلنا أنه نقصان حدث بعد وجوب القطع فلم يسقط به القطع • كما لو استعمله السارق فنقصت قيمته فان القطع لا يسقط عنه بلا خلاف •

فرع وان سرق فضة تساوى نصابا فضربها دراهم • أو سرق نصابا من الذهب فضربه دنانير قطع ووجب عليه رد الدراهم والدنانير ، وبه قال أبو حنيفة • وقال أبو يوسف ومحمد : لا يلزمه رد الدراهم والدنانير وبينا ذلك على أصلهما فيمن غصب فضة فضربها دراهم أو ذهبا فضربه دنانير فانه يسقط حق صاحبها منها • دليلنا أن هذه عين المسروق منه فوجب ردها كما لو لم يضربها •

فرع اذا نقب حرزا فدخل فابتلع منه جوهرة تساوى نصابا • أو ابتلع ربع دينار ثم خرج • فان الشيخ أبا حامد وابن الصباغ قالا : ان لم يخرج منه الجوهرة وربع دينار لم يجب عليه القطع ، لأنه أهلك النصاب فى الحرز بالابتلاع فلم يجب عليه القطع • كما لو أكل فى الحرز طعاما يساوى نصابا • وان خرجت منه الجوهرة وربع دينار وهو يساوى نصابا فهل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان • أحدهما : يجب عليه القطع ، لأنه أخرجه من الحرز كما لو أخرجه بيده أو فى فيه • والثانى : لا يجب عليه القطع وهو الأصح • لأنه بالابتلاع صار فى حكم المستهلك بدليل أن للمالك أن يطالبه ببدله • فصار بمنزلة ما لو أتلفه فى الحرز • وذكر الشيخ أبو اسحق هنا والمسعودى : اذا ابتلع الجوهرة فى الحرز وخرج هل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان من غير تفصيل ، ولعلهما أرادا اذا خرجت منه بعد الخروج من الحرز ، وان دخل السارق الحرز فأخذ منه طيبا فتطيب فى الحرز ثم خرج — فان لم يمكن أن يجمع من الذى تطيب به عند خروجه ما يساوى نصابا — لم يقطع ، لأن الذى أخرجه من الحرز لا يساوى نصابا ، وان

أمكن أن يجمع منه ما يساوى نصابا ففيه وجهان أحدهما : يجب عليه القطع ، لأنه أخرج من الحرز ما يساوى نصابا فوجب عليه القطع كما لو أخرجه فى اناء ، والثاني : لا يجب عليه القطع لأنه أتلفه فى الحرز بالتطيب به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب القطع حتى ينفصل المال عن جميع الحرز ، فان سرق جذعا او عمامة فأخذ قبل ان ينفصل الجميع من الحرز ، لم يقطع ، لأنه لا ينفرد بعضه عن بعض ، ولهذا لو كان فى طرف منه نجاسة لم تصح صلاته فيه ، فاذا لم يجب القطع فيما بقى من الحرز لم يجب فيما خرج منه ، وان ثقب رجلان حرزا فأخذ احدهما المال ووضعه على باب الثقب وأخذه الآخر ، ففيه قولان ، احدهما : أنه يجب عليهما القطع ، لأنا لو لم نوجب القطع عليهما صار هذا طريقا الى اسقاط القطع ، والثانى : أنه لا يقطع واحد منهما وهو الصحيح لأن كل واحد منهما لم يخرج المال من كمال الحرز ، وان نقب أحدهما الحرز ودخل الآخر وأخرج المال ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : فيه قولان كالمسئلة قبلها ، ومنهم من قال : لا يجب القطع قولا واحدا ، لأن أحدهما نقب ولم يخرج المال والآخر أخرج المال من غير حرزه .

فصل وان فتح مراحا فيه غنم فحلب من البانها قدر النصاب واخرجه ، قطع لأن الغنم مع اللبن فى حرز واحد فصار كما لو سرق نصابا من حرزين فى بيت واحد .

فصل فان دخل السارق الى دار فيها سكان ينفرد كل واحد منهم ببيت مقفل فيه مال ففتح بيتا ، واخرج المال الى صحن الدار قطع ، لأنه اخرج المال من حرز ، وان كانت الدار لواحد وفيها بيت فيه مال ، فأخرج السارق المال من البيت الى الصحن ، فان كان باب البيت مفتوحا وباب الدار مغلقا ـ لم يقطع لأن ما فى البيت محرز بباب الدار ، وان كان باب الدار مفتوحا ، وباب البيت مغلقا قطع ، لأن المال محرز بالبيت دون الدار ، وان كان باب البيت مفتوحا وباب الدار مفتوحا لم يقطع ، لأن المال غير محرز ، وان كان باب البيت مغلقا وباب الدار مغلقا ففيه وجهان احدهما : انه يقطع لأن البيت حرز لما فيه ، فقطع كما لو كان باب الدار مفتوحا ، والثانى : أنه لا يقطع لأن البيت المغلق فى دار مغلقة حرز فى حرز فلم يقطع بالاخراج من أحدهما ، كما لو كان فى بيت مقفل صندوق مقفل فأخرج المال من الصندوق ولم يخرجه من البيت .

الشرح لا يجب القطع على السارق حتى تنفصل جميع العين المسروقة عن جميع الحرز بفعل الســارق أو بسبب فعله ، فان نبش قبرا فأخرج كفنا من اللحد ولم يخرجه عن باقي القبر ثم خرج وتركه أو نقب حرزا ودخل وقبض المال في الحرز ولم يخرج به لم يجب عليه القطع ، لأنه لم يخرجه عن حرزه ، ولكنه يجب عليه ضمانه لحصول القبض منه ، وان أخذ طرف جذع أو طرف عمامة أو ثوب من حرز ، فأخرج بعضه عن الحرز فحدث صراخ قبل انفصال جميع الجذع أو العمامة أو الثوب عن جميــع الحرز ، لم يجب عليه القطع ، وان كان قد أخرج من الحرز ما يســاوى نصابا لأن بعض العين لا ينفرد عن بعض ، ولهذا لو كان على رأسه عمامة وطرفها على نجاسة فصلى فيها لم تصح صلاته • قال القاضي أبو الطيب : وكذلك اذا أخذ طرفا في العين والطرف الآخر في يد صاحبها لم يضــمنوا لأنه لم يزل يد المالك عن جميع العين ، وان أخرج نصابا من الحرز ثم رده اليه لم يسقط عنه القطع • وقال أبو حنيفة : يسقط ، دليلنا أن القطــع وجب بالاخراج فلم يسقط بالرد •

فــــرع وان اشترك اثنان في نقب حرز ، ودخل أحدهما الحرز وأخذ المال واخرج يده من جميع الحرز بالمال وناوله لآخر أو رمى بالمال من الحرز وأخذه فان الضمان يجب عليهما ، وأما القطع قال ابن مسعود رضى الله عنه فانه يجب على الخارج لاخراجه المال من الحرز ولا يجب على الداخل لأنه لم يخرج المــال من الحرز • وان اشترك اثنــان في نقب حرز فدخل أحدهما وأخذ نصابين وتركهما على بعض النقب وتناولهما الآخر من خارج الحرز فحكى أصحابنا العراقيون فيها قولين ، وحكاهما المسعودى وجهين أحدهما : يجب عليهما القطع لأنهما اشتراكا في النقب واخراج المال فلزمهما القطع كما لو نقبا معا ودخلا لم يخرج المال من كمال الحرز فلم يجب عليهما القطع كما لو دخل أحدهما وأخرج المال الى قرب النقب ولم يخرجه ومضى وتركه ، وان نقب أحدهما الحرز وحده ودخل الآخر وأخذ المال ففيه طريقان من أصحابنا من قال : فيــه قولان كالتى قبلهــا ، لأن السرقة تمت فهى كالأولة ، ومنهم من قال : لا يجب عليهما القطع ها هنا قولا واحدا لأن في

الأولة اشتركا فى النقب واخراج المال من الحرز وهاهنا لم يشتركا فى ذلك ، وانما انفرد أحدهما بالنقب والآخر باخراج المال ، وان نقب أحدهما الحرز فدخل فأخذ المال ورمى به من داخل الحرز الى خارجه وخرج ليأخذه وقد أخذه سارق آخر فمن أصحابنا الخراسانيين من قال : هو كما لو اشتركا فى النقب ، وأخرج أحدهما المال الى بعض النقب وأخذه الآخر ووجه الشبهة بينهما أن الرامى لم يناول المسروق بعد اخراجه اياه من الحرز كما أن من أخرج المتاع الى بعض النقب لم يتناوله مخرجا وقال أصحابنا العراقيون وبعض الخراسانيين : يجب القطع ها هنا على الذى رمى المال قولا واحدا لأنه أخرج المال من جميع الحرز فوجب عليه القطع كما لو أخرج وأخذ وغصب منه •

اذا ثبت هذا فاختلف أصحابنا الخراسانيون فى كيفية اشتراكهما فى نقب الحرز الذى يختلف به الحكم فى السارقين على ما مضى ، فمنهم من قال : لا يكونان مشتركين الا بأن يأخذا آلة واحدة بأيديهما ويقطعا بها الحرز معا ، فأما اذا نقب كل واحد منهما بعض الحرز بآلة منفردا بها فلا يكونان مشتركين فى النقب ، كما لو أخذ كل واحد منهما آلة وقطع بها جانبا من العضو وأبانها لآخر ، لا قود على أحدهما فى العضو ، ومنهم من قال : يصيران فى النقب اذا أخذا آلة بأيديهما ونقبا بها الحرز معا كما مضى ، ويصيران شريكين أيضا اذا أخذ كل واحد منهما آلة وانفرد بنقب بعض الحرز ، وهو الأصح ، لأنهما قد اشتركا فى نقب الحرز ، فهو كما لو اشتركا بنقبه فى آلة معا •

فــــرع وان حمل أعمى مقعدا وأدخله حرزا فكان المقعد يدل الأعمى على المال ، فأخذ منه ما يساوى نصابا ــ ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليهما القطع ، لأن المال لم يخرج الا بهما ، فهو كما لو اشتركا فى اخراجه بالمباشرة • والثانى : لا يجب القطع الا على الأعمى وهو الأصح ، لأنه هو المباشر لاخراجه •

مســـألة اذا أخرج السارق المتاع من البيت الى فناء الدار وهو

الصحن نظرت ــ فان كان الفناء مشتركا بين سكان الدار وجب القطع على السارق ، سواء كان باب الدار مغلقا أو مفتوحا ، لأن ما فى البيت انما هو محرز بالبيت لا بباب الدار ، وان كانت الدار جميعا لواحد ففيه أربع مسائل :

(الأولى) أن يكون باب البيت الذى أخرج منه المتاع أو باب الشقة مفتوحا ، وباب الدار أو باب العمارة مغلقا فلا يجب القطع ها هنا ، لأن ما فى البيت محرز بباب الدار دون باب البيت ، ولم يخرج المال عن حرزه •

(الثانية) أن يكون باب البيت مغلقا وباب الدار مفتوحا ، فيجب القطع ، لأن ما فى الشقة أو البيت محرز بباب البيت لا بباب العمارة ، وقد أخرج المال عن حرزه •

(الثالثة) أن يكون باب البيت مفتوحا ، وباب العمارة مفتوحا فلا يجب القطع ، لأن المال غير محرز •

(الرابعة) أن يكون باب البيت أو الشقة مغلقا وباب العمارة مغلقا ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع ، لأن المال محرز بباب الشقة ، فاذا أخرج منها وجب عليه القطع ، كما لو أخرجه من الدار الى السكة ، أو من العمارة الى الشارع • والثانى : لا يجب عليه القطع وهو الأصح ، لأن المال محرز بباب الشقة وباب العمارة ، ولم يخرج المال من كمال الحرز ، فلم يجب عليه القطع كما لو كان المتاع فى صندوق مقفل فى الشقة فأخرجه من الصندوق الى الشقة • هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : ان كان لرجل بيت فى دار له فأخرج السارق المتاع من البيت الى الدار ، وكان باب البيت مفتوحا ، وباب الدار مفتوحا ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع لأن المتاع أحرز بالبابين جميعا ، فما لم يخرج منهما لم يكمل الاخراج ، وان كان فى الوكالة أو الخان أو الرباط أو الفندق أو فى عمارة يسكنها جماعة بالكراء ، لكل واحد بيت ، وكانت أبواب البيوت مغلقة ، وباب الخان مغلقا ، فسرق سارق من ساحة الخان شيئا حرز فى الصحن ، أو خارجه ــ فان لم يكن للسارق بيت فى الخان

منه قطع السارق ، وان كان له بيت في الخان لم يقطع لأنه سرق ما هـو غير محرز عنه ، وان كان المتاع في بعض بيوت الخان أو الفندق فأخرجه من لا بيت له أو لا غرفة له في الفندق من غرفة مغلقة الى فناء الفندق ، والفندق مغلق الباب ــ فهل يقطع ؟ فيه وجهان على ما مضى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان سرق الضيف من مال المضيف نظرت فان سرقه من مال لم يحرزه عنه لم يقطع لما روى أبو الزبير عن جابر قال : (اضاف رجل رجلا فانزله في مشربة له فوجد متاعا له قد اختانه فيه فاتى به ابا بكر رضى الله عنه فقال : خل عنه فليس بسارق وانما هي امانة اختانها) ولأنه غير محرز عنه فلم يقطع فيه ، وان سرقه من بيت مقفل قطع لما روى محمد بن حاطب او الحارث : (أن رجلا قدم المدينة فكان يكثر الصلاة في المسجد وهو اقطع اليد والرجل فقال له ابو بكر رضى الله عنه : ما ليلك بليل سارق • فلبثوا ما شاء الله ففقدوا حليا لهم فجعل الرجل يدعو على من سرق اهل هذا البيت الصالح فمر رجل بصائغ فرأى عنده حليا فقال : ما اشبه هذا الحلي بحلي آل ابي بكر فقال للصائغ : ممن اشتريته ؟ فقال : من ضيف أبي بكر فاخذ فاقر فجعل ابو بكر رضى الله عنه يبكي فقالوا : ما يبكيك من رجل سرق ؟ فقال : ابكي لغرته بالله تعالى فامر به فقطعت يده) ولأن البيت المغلق حرز لما فيه فقطـع بالسرقة منـه) •

الشرح خـبر أبي الزبير عن جابر قال في تلخيص الحـبير : لا أعرفه : وأخرج أحمد وأصحاب السنن والحاكم وابن حبان والبيهقي والدارقطني من حديث أبي الزبير وجابر مرفوعا : « ليس على الخائن ولا على المختلس ولا على المنتهب قطع » أما خبر الرجل الذي قدم المدينة فقد أخرجه مالك والشافعي عنه عن عبد الرحمن بن القاسم عا أبيه أن رجلا من أهل اليمن أقطع اليد والرجل وأخرجه الدارقطني ثنا يعقوب بن ابراهيم البزاز نا الحسن بن عرفة نا اسماعيل بن علية عن أيوب عن نافع « أن رجلا أقطع اليد والرجل نزل على أبي بكر الصديق فكان يصلي من الليل ، فقال له أبو بكر : ما ليله بليل سارق ، من قطعك ؟ قال : يعلى بن أمية ظلمـا فقال له أبو بكر : لأكتبن اليه ، وتوعده ، فبينا هم كذلك اذ فقدوا حليـا لأسماء بنت عميس • قال : فجعل يقول : اللهم أظهر على صاحبه قال :

فوجد عند صائغ فالجيء حتى ألجيء الى الأقطع فقال أبو بكر : والله لغرته بالله كانت أشد على مما صنع ، اقطعوا رجله ، فقال عمر : بل تقطع يده كما قال الله عز وجل . قال : دونك » .

وأخرجه الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها قالت : « كان رجل أسود يأتي أبا بكر فيدنيه ويقرئه القرآن حتى بعث ساعيا أو قال : سرية ، فقال : أرسلني معه قال : بل تمكث عندنا فأبى فأرسله معه ، واستوصاه به خيرا ، فلم يغبر عنه الا قليلا حتى جاء قد قطعت يده ، فلما رآه أبو بكر فاضت عيناه ; فقال : ما شأنك ؟ قال : ما زدت على أنه كان يوليني شيئا من عمله فخنته فريضة واحدة ، فقطع يدي ، فقال أبو بكر : تجدون الذي قطع هذا يخون أكثر من عشرين فريضة ، والله لئن كنت صادقا لأقيدنك به ، قال : ثم أدناه ، ولم يحول منزلته التي كانت له منه ، قال : فكان الرجل يقوم بالليل فيقرأ ، فاذا سمع أبو بكر صوته قال : يالله لرجل قطع هذا ، قال : فلم يغبر الا قليلا حتى فقد آل أبي بكر حليا لهم ومتاعا فقال أبو بكر : طرق الحي الليلة ، فقام لأقطع فاستقبل القبلة ورفع يده الصحيحة والأخرى التي قطعت ، فقال : اللهم أظهر على من سرقهم أو نحو هذا ، وكان معمر ربما قال : اللهم أظهر على من سرق أهل هذا البيت الصالحين . قال : فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده ; فقال له أبو بكر : ويلك أنك لقليل العلم بالله : فأمر به فقطعت رجله ، قال معمر : وأخبرني أيوب عن نافع عن ابن عمر نحوه ، الا أنه قال : كان اذا سمع أبو بكر صوته من الليل قال : ما ليلك بليل سارق » .

أما اللغات فالمشربة الغرفة وبلغة أهل اليمن الخلوة وهي بضم الراء ، وقد تفتح ، وأما المشربة بالفتح فقط من غير ضم : الموضع الذي يشرب فيه وفي الحديث « ملعون ملعون من أحاط على مشربة » أي امتلاكه ومنع غيره من سقياه وقوله : « لغرته بالله » الغرة بالكسر الغفله والغرة بالضم من الشهر وغيره أوله ، وقد مضى في الوضوء الكلام على معنى الغرة ، ومضى في البيوع الكلام على معنى الغرر ومضى معنى الغرغرة في الجنازة . أما هنا فمن قولك غر الشخص يغر من باب ضرب غرارة بالفتح فهو غار من غر

بالكسر أى جاهل بالأمور غافل عنها ، وما غرك بفلان من باب قتل أى كيف واجترأت عليه ؟ واغتررت به ، ظننت الأمن فلم أتحفظ ، والغرة هنا الغفلة ، وقلة التجربة ، واسم الفاعل غار .

أما الأحكام فانه اذا نزل رجل ضيفا برجل فسرق الضيف من مال صاحب البيت نصابا نظرت ــ فان سرق متاعا من البيت لذى أنزل فيه ، أو من موضع غير محرز عنه ــ لم يقطع ، لما روى أبو الزبير عن جابر أنه قال : « أضاف رجل رجلا فأنزله فى مشربة له فوجد متاعا له قد اختانه ، فأتى به أبا بكر فقـال له : « خل عنه فليس بسـارق ، وانما هى أمانة اختانها » ولأنه غير محرز عنه فلم يقطع فيه كما لو أخذ الوديعة التى عنده ، وان سرق من موضع محرز عنه قطع ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع دليلنا أنه سرق نصابا لا شبهة له فيه محرز عنه فقطع كغير الضيف ، وعلى هـذا يحمل أن رجلا مقطوع اليد والرجل قدم المدينة ، ونزل بأبى بكر رضى الله عنه فكان يكثر الصلاة فى المسجد ، فقال أبو بكر رضى الله عنه : ما ليلك بليل سارق ، فلبثوا ما شاء الله ففقدوا حليا لهم فجعل الرجل يدعو على من سرق هذا البيت الصالح ، فمر رجل بصائغ فى المدينة فرأى عنده حليـا ، فقال : ما أشبه هذا بحلى آل أبى بكر ، فقال للصـائغ : ممن اشتريته ؟ فقال : من ضيف أبى بكر رضى الله عنه فأخذوا ذلك الرجل فأقر أنه سرقه ، فبكى أبو بكر رضى الله عنه فقيل له : ما يبكيك من رجل سرق ؟ فقـال : أبكى لغرته بالله ، ثم أمر فقطعت يده » ولم يأمر بقطعه الا أنه كان محرزا عنه ، بدليل الخبر الأول عنه هكذا أفاده المصنف والعمرانى وغيرهمـا من الأصحاب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجب القطـع بسرقة ما ليس بمال كالكلب والخنزير والخمر والسرجين سواء سرقه من مسلم او من ذمى لأن القطع جعل لصيانة الأموال وهذه الأشياء ليست بمال فان سرق اناء يساوى نصابا فيه خمر ففيه وجهان (احدهما) انه لا يقطع لأن ما فيه يجب اراقته ولا يجوز اقراره فيــه (والثانى) انه يقطع لأن سقوط القطع فيما فيه لا يوجب سقوط القطع فيه كما لو سرق اناء فيه بول .

فصــــل وان سرق صنما او بربطا او مزمارا فان كان اذا فصل لم يصلح لغير معصية لم يقطع ، لأنه لا قيمة لما فيه من التأليف . وان كان اذا فصل يصلح لمنفعة مباحة ، ففيه ثلاثة اوجه أحدها : أنه يقطع لأنه مال يقوم على متلفه ، والثانى : أنه لا يقطع ، لأنه آلة معصية فلم يقطع بسرقته كالخمر ، والثالث وهو قول أبى على ابن أبى هريرة رحمه الله : أنه ان خرجه مفصلا قطع ، لزوال المعصية ، وان أخرجه غير مفصــل لم يقطع ، لبقــاء المعصــية ، وان سرق أوانى الذهب والفضــة قطع ، لأنهـا تتخذ للزينـة لا للمعصية .

فصــــل وان سرق حرا صغيرا لم يقطع لأنه ليس بمــال ، وان سرقه وعليه حلى بقدر النصاب ففيه وجهان احدهما : انه يقطع لأنه قصــد سرقة ما عليه من المال ، والثانى : أنه لا يقطع ، لأن يده ثابتة على ما عليــه ، ولهذا لو وجد لقيط ومعه مال كان المال له فلم يقطع كما لو سرق جملا وعليه صاحبه ، وان سرق أم ولد نائمة ففيه وجهان احدهما : انه يقطع لأنها تضمن باليد فقطع بسرقتها كسائر الأموال . والثانى : انه لا يقطع لأن معنى المــال فيها ناقص لأنه لا يمكن نقل الملك فيها ، وان سرق عينا موقوفة على غيره ففيه وجهان كالوجهين فى ام الولد ، وان سرق من غلة وقف على غيره قطع ، لأنه مال يباع ويبتاع ، وان سرق الماء ففيه وجهــان احدهما : انه يقطع لأنه يبــاع ويبتاع ، والثانى : انه لا يقطع لأنه لا يقصد الى سرقته لكثرته .

الشرح ليس فى هذه الفصول الثلاثة آثار .

اما اللغات فقد قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : الصنم ما كان على صورة حيوان ، والبربط من آلات اللهو والطرب قيل : انه عود الغناء وقيل غيره . قال فى اللسان : البربط العود أعجمى ليس من ملاهى العرب فأعربته حين سمعت به . وقال فى التهذيب : البربط من ملاهى العجم شبه بصدر البط ، والصدر بالفارسية بر . فقيل : بربط وفى حديث على بن الحسين : (لا قدست أمة فيها البربط) قال : البربط ملهاة تشبه العود فارسي معرب . قال ابن الأثير : أصله بربت فان الضــارب به يضــعه على صدره ، واسم الصدر بر .

فــــرع فان سرق ما ليس بمال كالكلب والخنزير والخمر وجلد الميتة قبل الدباغ لم يجب عليه القطع ، وقال عطاء : ان سرق الخمر والخنزير

من الذمى وجب عليه القطع • دليلنا أن ذلك ليس بمال بدليل أنه لا يجب على منفله قيمة ، فلم يجب به القطع كالميتة • وان سرق اناء يساوى نصابا فيه خمر أو بول ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع لأنه سرق نصابا ، والثاني : لا يجب عليه القطع ، وبه قال أبو حنيفة لأنها سرقة سقط القطع فى بعضها فسقط فى جميعها • كما لو سرق مالا مشتركا بينه وبين غيره ، والأول أصح لأن سقوط القطع فى الخمر لا يوجب سقوط القطع فى الاناء ، وان سرق قشور الزمان وما أشبهه مما يستهان به فهل يجب به القطع ؟ فيه وجهان ، حكاهما فى الفروع • أحدهما : لا يجب عليه القطع ، لأنه لا يتمول : والثاني : يجب فيه القطع وهو المذهب لأنه مال •

فـــرع قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : اذا سرق طنبورا أو مزمارا أو غير ذلك من آلة اللهو ــ فان كانت قيمته على حالة دينارا ، واذا أزيل تأليفه كانت قيمته أقل من ربع دينار لم يجب عليه القطع . لأن تأليفه محرم لا قيمة له ، وان كان اذا نقص تأليفه وصار خشبا يستعمل فى أشياء تساوى ربع دينار فصاعدا وجب القطع بسرقته ، لأنه سرق ما يساوى ربع دينار ، وكذلك ان كانت قيمته بعد نقضه لمنفعة مباحة ولا تبلغ ربع دينار ، الا أن عليه حلية تبلغ نصابا بنفسها أو تبلغ مع قيمته نصابا وجب بسرقته القطع ، وذكر الشيخ أبو اسحق هنا : ان كان اذا فصل صلح لمنفعة مباحة ــ وأراد إذا بلغت قيمته نصابا بعد ذلك ، فهل يجب بسرقته القطع ؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها : يجب لما تقدم • والثاني : لا يجب بسرقته القطع ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه آلة معصية ، فلم يجب بسرقته القطع كالخمر ، والثالث ــ وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ــ ان أخرجه مفصلا قطع لزوال المعصية ، وان أخرجه غير مفصل لم يقطع لبقاء المعصية ، وان سرق اناء من ذهب أو فضة ــ فان كانت قيمته من غير صنعة تبلغ نصابا ــ وجب بسرقته القطع ، وان سرق صنما من ذهب أو فضة ــ فان كانت قيمته من غير صنعة تبلغ نصابا ــ وجب بسرقته القطع ، وان كانت قيمته لا تبلغ نصابا الا بصنعته بنى على القولين ، هل يجوز اتخاذه ــ فان قلنا : يجوز اتخاذه ــ وجب بسرقته القطع ، وان قلنا : لا يجوز اتخاذه ، لم يجب

بسرقته القطع ، وان سرق صنما من ذهب أو فضة ــ فان كانت قيمته لا تبلغ نصابا الا بصنعته لم يجب فيه القطع ، لأن صنعته لا حكم لها ، لأنه لا يجوز اتخاذه ، وان كانت قيمته تبلغ نصابا مفصلا فهو كما لو سرق طنبورا أو مزمارا على ما مضى •

مسألة وان سرق عبدا نائما وجب عليه القطع سواء كان صغيرا أو كبيرا ، وان كان العبد مستيقظا نظرت ــ فان كان صغيرا لا يفرق بين طاعة مولاه وبين طاعة غيره ــ وجب عليه القطع ، وان كان كبيرا نظرت ــ فان كان مجنونا أو أعجميا لا يفرق بين طاعة مولاه وطاعة غيره ــ وجب عليه القطع ، وبه قال أبو حنيفة ومالك رحمهما الله وقال أبو يوسف : لا يجب القطع بسرقة الآدمي بحال • دليلنا أنه حيوان مملوك لا يميز فوجب بسرقته القطع كالبهيمة ، وان كان العبد صغيرا مميزا ، أو كبيرا عاقلا مميزا ، لم يجب بسرقته القطع ، لأنه اذا قيل له : تعال الى موضع كذا فذلك خدعة وليس بسرقة • قال المسعودي : الا ان أكرهه على الذهاب به فيجب عليه القطع ، وان سرق أم ولد نائمة أو مجنونة أو أكرهها على طريقة المسعودي يجب عليه القطع ، لأنها مال مقوم بدليل أنه لو أتلفها لوجب عليه قيمتها فهي كالأمة القنة • والثاني : لا يجب علية القطع لأن معنى المال فيها ناقص بدليل أنه لا يملك نقل ملك الرقبة فيها الى غيره •

فــرع وان سرق حرا صغيرا لم يجب عليه القطع ، وبه قال أبو حنيفة • وقال مالك : يجب عليه القطع • دليلنا أنه ليس بمال فلم يجب عليه القطع كالحر الكبير ، وان كان عليه حلي يبلغ نصابا فصاعدا أو معه مال ففيه وجهان أحدهما : يجب عليه القطع لأنه سرق الحلي مع الصبي فوجب عليه القطع كما لو سرق الحلي منفردا والثاني : لا يجب عليه القطع ، وبه قال أكثر أصحابنا وأبو حنيفة ، وهو الأصح ، لأن يد الصبي ثابتة على ما معه من الحلي ، ولهذا لو وجد منبوذا ومعه حلي كان الحلي له ، فلم يجب القطع بسرقته كما لو سرق متاعه ومالكه القائم عليه • اذ ثبت هذا فان حرز العبد الصغير المستيقظ مثل الحر الصغير اذا سرقه مع الحلي ــ وقلنا : يجب عليه القطع ــ فان كان يلعب مع الصبيان بقرب دار

المولى والولى فسرقه سارق من هنالك ــ يجب عليه القطع ، لأن السيد والولى لا ينسبان الى التفريط بتركهما هنالك ، فأما اذا تباعدا عن باب الدار ــ فان دخلا سكة أخرى فسرقها سارق من هنالك ــ لم يجب عليه القطع ، لأن السيد والمولى ينسبان الى التفريط بتركهما هنالك •

فـــرع وان وقف رجل عينا فسرقها سارق من غير الموقوفة عليهم ــ فان قلنا : ان الملك ينتقل فى الوقف الى الموقوف عليه ــ فهل يجب القطع على سارقها فيه وجهان كالوجهين فيمن سرق أم ولد لغيره نائمة أو مجنونة ، وان قلنا : ان الملك فى الوقف ينتقل الى الله تبارك وتعالى فهل يجب القطع بسرقتها ؟ فيه وجهان أيضا حكاهما الشيخ أبو حامد ، أحدهما : لا يجب فيها القطع لأنها غير مملوكة للآدمى فلم يجب بسرقتها القطع كالصيود ، والثانى : يجب بسرقتها القطع لأنه مال ممنوع من أخذه فوجب بسرقته القطع ، وان لم يكن لم مالك معين كستار الكعبة ، وان وقف نخلا أو شجرا على قوم فسرق سارق من غير أهل الوقف من غلتها ما يساوى نصابا وجب عليه القطع وجها واحدا • لأن ذلك ملك للموقوف عليه فوجب بسرقته القطع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يقطع فيما له شبهة لقوله عليه السلام : « ادرءوا الحدود بالشبهات » فان سرق مسلم من مال بيت المال لم يقطع لما روى : « أن عاملا لعمر رضى الله عنه كتب اليه يسأله عمن سرق من مال بيت المال ، قال : لا تقطعه ، فما من احد الا وله فيه حق » وروى الشعبى أن رجلا سرق من بيت المال ، فبلغ عليا كرم الله وجهه فقال : « ان له فيه سهما ، ولم يقطعه » وان سرق ذمى من بيت المال قطع ، لأنه لا حق له فيه ، وان كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقه سارق قطع ، لأن بالتكفين به انقطع عنه حق سائر المسلمين ، وان سرق من غلة وقف على المسلمين لم يقطع ، لأن له فيه حقا ، وان سرق فقير من غلة وقف على الفقراء لم يقطع ، لأن له فيه حقا ، وان سرق منها غنى قطع ، لأنه لا حق له فيها •

فصـــل وان سرق رتاج الكعبة أو باب المسجد او تأزيره قطع ،

لما روى عن عمر رضى الله عنه : « انه قطع سارقا سرق قبطية من منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولأنه مال محرز بحرز مثله لا شبهة له فيه • وان سرق مسلم من قناديل المسجد أو من حصره لم يقطع ، لأنه جعل ذلك لمنفعة المسلمين ، وللسارق فيها حق ، وان سرقه ذمى قطع ، لأنه لا حق له فيها •

الشرح الحديث الأول مضى تخريجه فى غير موضع من المجموع بتكملته وخبر عمر فى سيرة ابن الجوزى والأموال لأبى عبيد ، وخبر على أخرجه سعيد بن منصور كما سيأتى •

أما اللغات فقد قال ابن بطال فى غريب المهذب (قوله : وان سرق رتاج الكعبة) الرتاج الباب لأنه يرتج أى يسد قوله : (سرق قبطية) هى عبارة منسوبة الى القبط ، قال : وهم جنس من العجم بمصر منهم فرعون مصر • قوله : (أو تأزيره) هو تزيين حائطه بألوان الأصباغ وقد يكون بالذهب • اهـ قلت : والقبط فى مصر قد استعربوا اذ يتكلمون العربية فى مختلف شئونهم وأكثر ترانيمهم فى كنائسهم بالعربية ، ولهم شعراء وأدباء وكتاب من بلغاء العربية وفصحائها ، ولكن لا يبلغون مبلغ النابغين الفحول ، ولم يعرف أحد فيهم بذلك •

أما الأحكام فانه لا يجب القطع بسرقة مال له فيه شبهة لقوله صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » فان سرق مسلم من مال بيت المال لم يقطع لما روى أن رجلا سرق من بيت المال فكتب بعض عمال عمر رضى الله عنه اليه بذلك فقال : « خلوه لا قطع عليه ما من أحد الا وله فيه حق » وروى أن رجلا سرق من خمس الخمس فرفع الى على رضى الله عنه فلم يقطعه • هذا نقل أصحابنا العراقيين وقال المسعودى : اذا سرق مسلم من بيت المال فهل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يجب عليه القطع لما مضى ، والثانى : يجب عليه القطع ، لأنه مال من جملة الأموال ، قال : والصحيح أنه ينظر فيه ــ فان كان المال الذى سرق منه من مال الصدقات ، والسارق فقير ــ فلا قطع عليه ، ان كان غنيا فهل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان أحدهما : يجب عليه القطع لأنه لا يجوز للامام أن يملك الغنى من مال المصالح شيئا فلا شبهة له فيه ، والثانى : لا يجب عليه القطع

لقول عمر رضى الله عنه : « ما من مسلم الا وله فى بيت المال حق » وقد يصرف هذا المال فى عمارة القناطر والمساجد فيكون للغنى الانتفاع بهـذه المرافق العامة كما ينتفع بها الفقير على السواء • قلت : وبالوجه الأول قال حماد ومالك وابن المنذر لظاهر الكتاب : « والسارق والسارقة ـ الآية » وبالوجه الثانى قال الشعبى والنخعى والحكم والشافعى وأصحاب الرأى وأحمد بن حنبل ، لما رواه ابن ماجه باسناده عن ابن عباس أن عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فدفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه ، وقال : « مال الله سرق بعضه بعضا » قال ابن قدامة : « ويروى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وسأل ابن مسـعود عمر عمن سرق من بيت المال فقال : أرسله فما من أحد الا وله فى هذا المال حق » •

وقال سعيد بن منصور : حدثنا هشيم أخبرنا مغيرة عن الشعبى عن على رضى الله عنه أنه كان يقول : « ليس على من سرق من بيت المال قطع » •

وان سرق ذمى من بيت المال قطع ، لأنه لا حق له فيه بحال ، وان كفن الإمام رجلا بثوب من بيت المال فسرقه سارق وأخذ الكفن قطع ، لأن الامام اذا صرف شيئا من بيت المال فى جهة اختص بها وانتفت الشبهة فيه لسـائر النـاس •

فـــرع اذا سرق من مال مشترك بينه وبين غيره فذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى أنه لا يقطع ، لأن له شبهة فى كل جزء ، ولأنه لا يحرز عنه ، وحكى المسعودى فيه قولين أحدهما : لا يقطع لأنه ما من جزء الا وهو مشاع بينهما والثانى : يقطع لأنه مال شركة لا شبهة فيه ، فاذا قلنـا بهذا نظر ـ فان كان المال متساوى الأجزاء بحيث يجبر الشريك على قسمته بالقرعة كالدنانير والدراهم والحنطة والشعير ففيه وجهان أحدهما : ان كانت الدنانير بينهما نصفين فسرق نصف دينار قطع ، لأنه يتحقق أن ربع دينـار ملك للشريك خاصة ، والثانى : لا يقطع بهذا ولكن يجمع حقه مما سرق ـ فان كان المشترك دينارين ـ لم يقطع الا بأن يسرق دينارا وربعا ، ولا يقطع اذا سرق دينارا ، لأن الدينار حقه ، والدنانير متماثلة الأجزاء ، واذا امتنع

أحد الشريكين من القسمة فللآخر أن يأخذ نصيب نفسه فيجعل هذا السارق كأنه سرق نصيب نفسه ، وان كان المال المشترك غير متساوى الأجزاء كالثياب ونحوها فانه يقطع اذا سرق ما يساوى نصف دينار ، والفرق بينهما أن المال اذا كان متساوى الأجزاء وأخذ دينارا وله فى جملة المال دينار صار كأنه أخذ مال نفسه ، واذا كان متفاوت الأجزاء فلا يجوز له أخذ شىء منه بحال الا باذن شريكه ، فاذا سرق ما يساوى نصف دينار جعل سارقا لربع دينار فقطع ، وان سرق السيد من مال من نصفه حر ونصفه عبد له نظر — فان سرق من المال الذى له بنصف الحر ، وقد أخذ السيد نصيبه منه — قال القفال : لم يقطع ، لأن له شبهة فى ذلك المال ؛ لأن المال انما يكون فى الحقيقة لجميع البدن ؛ ونصف بدنه له ، فهو كسرقة مال ولده ، وقال أبو على السنجى : يجب عليه القطع ، لأنه لا شبهة له فى هذا المال لأن العبد يملكه بنصفه الحر ملكا تاما ، ولهذا يجب عليه فيه الزكاة ويورث عنه على الصحيح .

فــــرع وان سرق انسان من غلة وقف على الناس لم يقطع لأنه من الناس ، وان كان الوقف على الفقراء والمساكين فسرق من غلته فقير أو مسكين لم يقطع ، لأنه من أهل الوقف ، وان سرق منها غنى قطع ، لأنه ليس من أهل الوقف . فكل من كان من جماعة أو فئة — وقف شىء من الأعيان أو الريع لمصلحتها فسرق منه نصابا فأكثر لا قطع عليه وبهذا قال الفقهاء كافة قال ابن قدامة فى المغنى :

« فان قيل : فقد قلتم لا يقطع بالسرقة من بيت المال من غير تفريق بين غنى وفقير ، فلم فرقتم ها هنا ؟

قلنا : لأن للغنى فى بيت المال حقا ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه : ما من أحد الا وله فى هذا المال حق بخلاف وقف المساكين فانه لا حق للغنى فيه » اهـ .

فــــرع وان سرق ستارة الكعبة فنص الشافعى رحمه الله أنه يجب عليه القطع وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القطع ؛ دليلنا ما روى أن

رجلا سرق قبطية من منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعه عثمان رضى الله عنه ومثل هذا لا يخفى على الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينكر عليه أحد ، فدل على أنه اجماع ، ولأن ستارة الكعبة تراد للزينة ، واحرازها نصبها عليها ، فاذا سرقها سارق فقد سرق نصابا لا شبهة له فيه من حرز مثله ، فوجب عليه القطع كسائر الأموال •

قال أصحابنا : وعلى قياس هذا ان سرق سارية من سوارى المسجد أو سرق سقف المسجد أو بابه أو فصل نقوشه عنه وسرقها وجب عليه القطع ، لأن ذلك يراد لحفظ المسجد وزينته فهو كستارة الكعبة ، وان سرق مسلم من قناديل المسجد أو حصره لم يجب عليه القطع ، لأن له أن ينتفع بها فكان ذلك شبهة فى سقوط القطع عنه بسرقتها ، وقال ابن قدامة : وان سرق باب مسجد منصوب أو باب الكعبة المنصوب ، أو سرق من سقفه شيئا أو تآزيره ففيه وجهان ، أحدهما : عليه القطع وهو مذهب الشافعى وأبى القاسم صاحب مالك وأبى ثور وابن المنذر ، لأنه سرق نصابا محرزا بحرز مثله لا شبهة له فيه ، فلزمه القطع كباب بيت الآدمى ، والثانى : لا قطع عليه ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه لا مالك له من المخلوقين ، فلا قطع فيه كحصر المسجد وقناديله فانه لا يقطع بسرقة ذلك وجها واحدا ، لكونه مما ينتفع به ، فيكون له فيه شبهة فلم يقطع به كالسرقة من بيت المال ، وقال أحمد : لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجة منها ، وقال القاضى أبو بكر ــ وهو من أصحاب أحمد أيضا ــ : هذا محمول على ما ليست بمخيطة لأنها انما تحرز بخياطتها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ومن سرق من ولده او ولد ولده وان سفل ، او من ابيه أو من جده وان علا لم يقطع ، وقال ابو ثور : يقطع لقوله عز وجل : « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما » فعم ولم يخص وهذا خطا لقوله عليه السلام : « ادرءوا الحدود بالشبهات » وللأب شبهة فى مال الابن ، وللابن شبهة فى مال الأب ، لانه جعل ماله كما له فى استحقاق النفقة ورد الشهادة فيه ، والآية تخصها بما ذكرناه ، ومن سرق ممن سواهما من الاقارب قطع لانه

لا شبهة له في ماله ، ولا يقطع العبد بسرقة مال مولاه ، وقال ابو ثور : يقطع لعموم الآية وهذا خطأ ، لما روى السائب بن يزيد أنه حضر عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقد جاءه عبد الله بن عمرو الحضرى فقال : ((ان غلامى هذا سرق فاقطع يده ، فقال عمر : ما سرق ؟ فقال : مرآة امراتى ، فقال له : ارسله ، خادمكم اخذ متاعكم ولكن لو سرق من غيركم قطع)) ولأن يده كيد المولى ، بدليل انه لو كان بيده مال فادعاه رجل كان القول فيه قول المولى ، فيصير كما لو نقل ماله من زاوية داره الى زاوية اخرى ، ولأن له في ماله شبهة في استحقاق النفقة فلم يقطع كالأب والابن ، وان سرق من غيره قطع لقول عمر رضي الله عنه ، ولأنه لا شبهة له في مال غيره ، وان سرق احد الزوجين من الآخر ما هو محرز عنه ففيه ثلاثة اقوال احدها انه يقطع لأن النكاح عقد على المنفعة فلا يسقط القطع في السرقة كالاجارة ، والثاني : انه لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج ، والزوج يملك ان يحجر عليها ويمنعها من التصرف ، على قول بعض الفقهاء ، فصار ذلك شبهة ، والثالث : انه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ، ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج ، لأن للزوجة حقا في مال الزوج بالنفقة ، وليس للزوج حق في مالها ، وان لا يقطع من الزوجين بسرقة مال الآخر لا يقطع عبده بسرقة ماله ، لقول عمر رضي الله عنه في سرقة غلام الحضرمى الذى سرق مرآة امراته : ((ارسله فلا قطع عليه ، خادمكم اخذ متاعكم)) ولأن يد عبده كيده ، فكانت سرقته من ماله كسرقته .

فصـــل وان كان له على رجل دين فسرق من ماله ــ فان كان جاحدا له ، او مماطلا له ــ لم يقطع لأن له ان يتوصل الى اخذه بدينه ، وان كان مقرا مليا قطع ، لأنه لا شبهة له في سرقته ، وان غصب مالا فاحرزه في بيت فنقب المغصوب منه البيت وسرق مع ماله نصابا من مال الغاصب ، ففيه ثلاثة اوجه ، أحدها : انه لا يقطع لأنه هتك حرزا كان له هتكه لأخذ ماله ، والثاني : انه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم انه قصد سرقة مال الغاصب ، والثالث : انه ان كان ما سرقه متميزا عن ماله قطع ، لأنه لا شبهة له في سرقته ، وان كان مختلطا بماله لم يقطع ، لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع مما لا يجب فيه ، فلم يقطع وان سرق الطعام عام المجاعة نظرت ــ فان كان الطعام موجودا ــ قطع ، لأنه غير محتاج الى سرقته ، وان كان معدوما لم يقطع ، لما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال : ((لا قطع في عام المجاعة او السنة)) ولأن له ان ياخذه فلم يقطع فيه .

فصـــل وان نقب المؤجر الدار المستاجرة وسرق منها مالا للمستاجر قطع ، لأنه لا شبهة له في ماله ، ولا في هتك حرزه ، وان نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها مالا للمستعير ففيه وجهان احدهما : انه لا يقطع ،

لأن له ان يرجع فى العارية ، فجعل النقب رجوعا . والثانى هو المنصوص : انه يقطع لأنه أحرز ماله بحرز بحق فاشبه اذا نقب المؤجر الدار المستاجرة وسرق مال المستاجر . وان غصب رجل مالا او سرقه واحرزه فجاء سـارق فسرقه ففيه وجهان احدهما : انه لا يقطـع ، لانه حرز لم يرضـه مالكه . والثانى : انه يقطع لانه سرق مالا شبهة له فيه من حرز مثله .

الشرح حديث ادرءوا الحـدود مضى تخـريجه فى شتى كتب المجموع لنا ولسلفينا رحمهما الله وايانا .

وخبر عمر رواه سعيد بن منصور باسناده عن السائب بن يزيد قال : « شهدت عمر بن الخطاب ـ وقد جاءه عبد الله بن عمرو الحضرمى بغـلام له فقال : ان غلامى هذا سرق فاقطع يده . فقال عمر : ما سرق ؟ قال : سرق مرآة امرأتى ثمنها ستون درهما . فقال : أرسله لا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم » وفى لفظ : « مالكم سرق بعضه بعضا ، لا قطـع عليه » وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : « أن رجلا جاءه فقال : عبد لى سرق قباء لعبد لى آخر ، فقال : لا قطع ، مالك سرق مالك » .

أما عبد الله بن عمرو الحضرمى فقد ولد فى عهد النبى صلى الله عليـه وسلم وهو من الطبقة الثانية ، روى عن عمر وروى عنه السائب بن يزيد ، وقال الحافظ ابن حجر فى تهذيب التهذيب : ان أبا مصعب الزهرى قال : حدثنا مالك عن ابن شهاب عن السـائب بن يزيد أن عبـد الله بن عمرو الحضرمى جاء بغلام الى عمر فقال له : اقطع يد هذا فانه سرق مرآة امرأتى ثمنها ستون درهما فقال له عمر : أرسله لا قطع عليه : خادمكم سرق متاعكم وقال ابن عيينة عن الزهرى عن السـائب بن يزيد عن عبـد الله بن عمرو الحضرمى فذكره فقال فى هذه : عن عبد الله ولم يقل أن عبد الله .

اما الأحكام فانه اذا سرق الوالد من مال ولده وان سفل من قبل البنين أو البنات لم يجب عليه القطع ، وكذلك ان سرق الولد من مال أحد آبائه وأمهاته وان علوا لم يجب عليه القطع . قال الشيخ أبو حامد : وهو اجماع ، وحكى الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب وابن الصباغ فى الشامل وابن قدامة فى المغنى أن أبا ثور قال : يجب القطـع على جميعهم لعمـوم

الآية ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك ، ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » أخرجه ابن حبان عن عائشة وأحمد فى مسنده والطحاوى فى شرح معانى الآثار عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده • فأخبر أن مال الولد للوالد فلم يجب عليه القطع بسرقته ، كما لو أخذ مال نفسه ، واذا ثبت ذلك فى الوالد ثبت فى الولد ، لأن لكل واحد منهما شبهة فى مال الآخر فى وجوب النفقة عليه ، وأما الآية فمخصوصة لما ذكرناه ، وبهذا قال الحسن وأحمد واسحاق والثورى وأصحاب الرأى ، وخالف من أصحاب أحمد الامام الخرقى فى متنه المعروف ، الذى شرحه ابن قدامة بكتابه المغنى حيث قال فى هذا الشرح : وظاهر قول الخرقى أن الولد يقطع لأنه لم يذكره فيمن لا قطع عليه ، وهو قول مالك وأبى ثور وابن المنذر لظاهر الكتاب ، ولأنه يحد بالزنا بجاريته ، ويقاد بقتله ، فيقطع بسرقة ماله كالأجنبى • دليلنا كما قلنا أن بينهما قرابة تمنع قبول شهادة أحدهما للآخر ، فلم يقطع بسرقة ماله كالأب ، ولأن النفقة تجب فى مال الأب لابنه حفظا له ، فلا يجوز اتلافه حفظا للمال ، وأما الزنا بجاريته فيجب به الحد ، لأنه لا شبهة له فيها بخلاف المال •

فرع فى سرقة الولد مال أبيه •

ولا يقطع الولد وان سفل ان سرق من مال أبيه وان علا وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأن بينهما قرابة تجعل لأحدهما حقا فى مال الآخر ، يستوفى أحيانا من غير قضاء ، فكان ثبوت ذلك الحق شبهة مسقطة للحد وقال مالك وأبو ثور : انه يقطع لعموم النص القرآنى ، ولأن هذه القرابة لا تمنع اقامة الحدود ، فانه لو زنى بجارية أبيه أو جده أقيم عليه الحد •

دليلنا على أصحاب هذا القول أن هناك فرقا بين الحكمين اذ القرابة التى توجب حقوقا مالية أوجدت شبهة فى السرقة ، وهذه القرابة لا أثر لها فى الزنا بل ربما غلظته وجعلته أفحش وأشد حيث زنى بحليلة أبيه •

وبالجملة فان الشرع لا يتشوف الاقامة حد القطع وانما يضيق من أسباب تطبيقه ويتلمس اذا كان للسارق نوع حق فى المال المسروق ولو كان

ضعيفا ، لأنه ــ وان كان ضعيفا ــ فانه يوجد الشبهة وان كان لا يوجد ملكا ، ولذا قالوا : اذا سرق مسكين مال وقف كان موقوفا على الفقراء والمساكين فانه لا يقطع ، لأن الوقف على الفقراء يجعل للفقير والمسكين حقا فيه وان كان ضعيفا ، وهو كاف فى درء الحد بوجود الشبهة ، وقد جرى مثل هذا الخلاف فى السرقة بين ذوى الأرحام •

فــرع اذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر نصابا نظرت ــ فان سرق من مال غير محرز عنه لم يجب عليه القطع ، وان سرق من مال محرز فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : لا يجب عليهما القطع ، وقال فى موضع : يجب عليهما القطع ، واختلف أصحابنا فى ترتيب المذهب فيهما فقال الشيخ ابو حامد الاسفراينى : فيه طريقان ، أحدهما : أنها على حالين ، فالموضع الذى قال : لا يجب عليهما القطع أراد اذا كان مال كل واحد منهما مختلطا بمال الآخر ، لأنه غير محرز عنه ، والموضع الذى قال : يجب عليهما القطع أراد اذا كان مال كل واحد منهما منفردا عن مال الآخر محرزا عنه ، والطريق الثانى : ان كان مال أحدهما مختلطا بمال الآخر فلا يجب على أحدهما القطع بسرقة ذلك قولا واحدا ، لأنه غير محرز عنه ، وان كان مال أحدهما منفردا عن مال الآخر فلا يجب على أحدهما القطع بسرقة ذلك قولا واحدا ، لأنه غير محرز عنه ، وان كان مال احدهما منفردا عن مال الآخر محرزا عنه ففيه قولان وهو الأصح ، أحدهما : لا يجب عليهما القطع ــ وهو قول أبى حنيفة لأن من لم يقطع عبدا بسرقة ماله لم يقطع سيده بسرقته • وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى غلام الحضرمى الذى سرق مرآة امرأة : « أرسله فلا قطع عليه ، خادمكم سرق متاعكم » ولأن لكل واحد من الزوجين شبهة فى مال الآخر ، أما الزوجة فلاستحقاقها النفقة من مال الزوج ، وأما الزوج فلأنه يملك الحجر عليها ومنعها من تصرفها فى مالها على قول بعض الفقهاء ، ولأن العادة أن كل واحد منهما لا يحرز ماله عن الآخر ، وان فعل ذلك كان نادرا ، فألحق النادر بالغالب •

والثانى : يجب عليهما القطع وهو الصحيح لعموم الآية والخبر • ولأن

الزوجية عقد تستباح به المنفعة فلم يؤثر فى اسقاط القطع كالاجارة ، وما ذكر من رواية عمر رضى الله عنه فيحمل على أنه سرق من موضع ليس بمحرز عنه.

والثالث : يجب القطع على الزوج بسرقة مال الزوجة ، لأنه لا يستحق حقا فى مالها ، ولا يجب القطع على الزوجة بسرقة مال الزوج . وذكر القاضى أبو الطيب فى التعليقة ، والشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب أنه اذا سرق أحد الزوجين ما مال الآخر ما هو محرز عنه ففيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يجب عليهما القطع ، والثانى : لا يجب عليهما القطع لما ذكرناه ، والثالث : يجب القطع على الزوج بسرقة مال الزوجة ، لأنه لا يستحق حقا فى مالها ، ولا يجب القطع على الزوجة بسرقة مال الزوج لأنها تستحق حقا فى ماله ، فاذا قلنا : لا يقطع أحدهما بسرقة مال الآخر لم يقطع عبد أحدهما بسرقة مال الآخر لما رويناه من حديث عمر رضى الله عنه . واذا قلنا : يقطع أحدهما بسرقة مال الآخر قطع عبد أحدهما بسرقة مال الآخر ، وعن أحمد روايتان فيمن سرق منهما صاحبه ما أحرزه عنه ، احداهما : لا قطع ، وهو اختيار أبى بكر من أصحابه ومذهب أبى حنيفة كما قلنا ، والثانية : يقطع وهو مذهب مالك وأبى ثور وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقى من أصحاب أحمد .

وقد اتفق الفقهاء على أنه اذا كان غير محرز عنه فلا قطع ، وان كان محرزا عنه فقد اختلف الفقهاء فى ذلك فقال الشافعى فى أحد قوليه : انه لا قطع لوجود نوع شركة مالية بينهما ، وان لم تكن موجبة للملك ، ولأن الاحراز عن الزوجة أو الزوج مهما يكن لا يمكن أن يكون كاملا ، والحرز يجب أن يكون كاملا ليكون القطع ولتنتفى كل الشبهات ، ولأنه من المأثور عن عمر رضى الله عنه أنه منع قطع الخادم اذا سرق بعض متاع البيت ، فأولى ألا تقطع الزوجة وهى أقرب مودة ورحمة ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد فى احدى روايتيه .

وذهب مالك والثورى والشافعى فى أحد قوليه وأحمد فى احدى روايتيه الى أن أحد الزوجين اذا سرق من مال الآخر وكان المال فى حرز مثله قطع لكمال الحرز ولانفصال الذمة فى الملكية .

وذهب بعض أصحاب مالك الى أنه اذا سرق الزوج زوجته من مال فى حرز مثله يقطع ، واذا سرقت الزوجة لا تقطع ، وليس لهذا التفريق مساغ فقهى ، فهو فى حكم الشاذ •

فــرع واذا نقب رجلان حرزا لرجل ودخلا وأخذا نصابين وأحدهما ولد صاحب الحرز أو والده ، وجب القطع على الأجنبى منهما ، وان نقب صبى وبالغ حرزا وأخذا نصابين وجب القطع على البالغ الأجنبى ، وقال أبو حنيفة : لا يجب عليهما القطع • دليلنا أنه يجب عليه القطع بانفراده بالسرقة ، فمشاركة الآخر له فى السرقة لا يسقط القطع عنه كما لو سرق شيئين يجب القطع فى أحدهما دون الآخر •

فــرع اذا سرق السارق الرهن من حرز المرتهن والعدل ، أو سرق العين المستأجرة من حرز المستأجر ، أو العين المودعة من حرز المودع ، أو العين المستعارة من حرز المستعير ، أو المال القراض من حرز العامل ؛ وجب على السارق القطع ، لأن المالك قد رضى بهذا الحرز حرزا لماله ، الا أن المطالب بالمال أو القطع هو مالك المال دون المرتهن والمستأجر والمودع والمستعير ، لأنه هو المالك للمال ، وان سرق السارق نصابا من حرز مثله فأحرزه فى حرز له فسرقه سارق آخر من حرز هذا السارق فان السارق الأول قد وجب عليه القطع بسرقته ، وأما السارق الثانى فليس للسارق الأول مطالبته برد النصاب اليه ولا بالقطع ، لأنه لا حق له فيه ، وهذا وفاق بيننا وبين أبى حنيفة ، ولمالك النصاب أن يطالب السارق الثانى برده ، وهل يجب عليه القطع لأ فيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع لأنه سرق نصابا لا شبهة له فيه من حرز مثله فوجب عليه القطع كالسارق الأول • والثانى : لا يجب عليه القطع وهو الصحيح ، لأن مالك النصاب لم يرض بهذا الحرز حرزا لماله ، وان غصب رجل من رجل نصابا وأحرزه فى حرز فسرقه سارق من ذلك الحرز ، فان الغاصب لا قطع عليه ، وليس للغاصب مطالبة السارق برد العين المغصوبة اليه قبل أن يطالبه المالك برد النصاب اليه ، وقال أبو حنيفة : له المطالبة بذلك • دليلنا أنه غير مالك للنصاب فلم يكن له المطالبة برده اليه كالسارق •

اذا ثبت هذا فللمالك مطالبة أيهما شاء برد النصـاب ، وهل يجب القطع على السارق من الغاصب ؟ على الوجهين ، وان غصب رجل من رجل شيئا فأحرزه بحرز له فنقب المغصوب منه حرز الغاصب ــ فان أخذ مال نفسه لا غير فلا قطع عليه ، لأنه يستحق أخذه وان أخذ ماله نصابا من مال الغاصب نظرت ــ فان كان مال المغصوب غير مخلوط بمال الغاصب غير مميز عنه ــ قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وأكثر أصحابنا : لم يجب القطع على المغصوب منه وجها واحدا ، لأنه لا يمكنه أخذ مال نفسه الا بأخذ مال الغاصب ، وذلك شبهة له فى أخذ مال الغاصب ، فلم يجب عليه القطع ، وأن كان مال الغاصب غير مختلط بمال المغضوب ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه ، لأن له هتك الحرز لأخذ مال نفسه ، فان أخذ مال الغاصب فقد أخذه من حرز مهتوك ، فلم يجب عليه القطع ، والثانى : عليه القطع ، لأنه لما أخذ مال الغاصب علمنا أنه هتك الحرز ليسرق ، فاذا سرق وجب عليه القطـع . وذكر الشـيخ أبو اسحاق هنـا فى المهذب أنه اذا سرق المغضوب من مال الغاضب نصابا مع مال نفسه ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : لا يجب عليه القطع : والثانى : يجب عليه القطع لما مضى ، والثالث : أن كان ما سرقه مميزا عن ماله قطع ، لأنه لا شـبهة له فى سرقته ، وان كان مختلطا بماله لم يقطع ؛ لأنه لا يميز ما يجب فيه القطع مما لم يجب فيـه القطع ، فعلى قوله فى المال المخلوط وجهان وفى غير المخلوط وجهان .

فــرع وان كان على رجل دين لرجل ، فنقب من له الدين حرزا لمن عليه الدين وأخذ من ماله قدر دينه وهو نصاب فقد قال الشافعى رضى الله عنه : لا قطع عليه . قال أصحابنا : انما لا يجب عليه القطع اذا كان من عليه الدين مماطلا بما عليه له من الدين ، مانعا له عنه ، لأن له أن يتوصل الى أخذ دينه عند منعه بأى وجه قدر عليه ، وان كان من عليه الدين باذلا له دينه ، وجب عليه القطع ، لأنه لا حاجة به الى هتك الحرز وأخذ ذلك من غير رضا من عليه الدين . قال ابن الصباغ : فان كان الذى عليه الدين غير باذل له دينه فأخذ من له الدين أكثر من دينه كان كالمغصوب منه اذا سرق من مال الغاصب مع مال نفسه على ما ذكرناه ، وأراد كما لو سرق

المغصوب من مال الغاصب نصابا مميزا عن ماله ، فهل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان •

فـــرع وان سرق سارق الطعام عام المجاعة نظرت ــ فان كان الطعام موجودا وانما هو غال ــ وجب عليه القطع ، لأنه اذا كان موجودا فليس لأحد أخذه بغير اذن مالكه فهو كالطعام فى غير عام المجاعة ، واذا كان الطعام غير موجود ، فلا قطع على من سرق ليأكل لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « لا قطع فى عام المجاعة » وروى « لا قطع فى عام الســنة » وعام القحط سمى عام السنة ، وروى أن مروان أتى بسارق فلم يقطعــه وقال : أراه مضطرا • ولأن من اضطر الى طعام غيره فله أن يأخذه ويقــاتل صاحبه ، وهذا السارق مضطر اليه فلم يقطع بسرقته •

فـــرع وان استأجر رجل بيتا وأحرز فيه ماله فنقبه المؤاجر وسرق منه نصابا للمستأجر وجب عليه القطع ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجب عليه القطع • دليلنا أنه سرق نصابا لا شبهة له فيه من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه من بيت صاحب المال ، وان أعار رجلا بيتا فأحرز المستعير فيه ماله فنقبه المعير وسرق منه نصابا ــ قال الشيخان أبو حامد الاسفرايني وأبو اسحاق الشيرازى : فهل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه القطــع ، لأن له الرجوع فى عاريته متى شاء ، فاذا نقب البيت فقد رجع فى عاريته فهتك حرز نفسه فلم يجب عليه القطع بالسرقة منه ، والثانى ــ وهو المنصوص ــ أنه يجب عليه القطع ، لأنه لما أعار ملك المستعير احراز ماله فيه ، فاذا سرق منه المعير فقد سرق من حرز حق فوجب عليه القطع ، كما لو أحرزه فى داره ، وقال ابن الصباغ والمسعودى : الوجهان اذا نوى المعير الرجوع فى العارية عند النقب ــ فأما اذا لم ينو الرجوع عند النقب ــ قطع وجهــا واحدا ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجب عليه القطع ، وقد مضى الدليل عليهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق ، بعد ما رفع الى السلطان لم يسقط القطع ، لما روى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر فى سارق رداء صفوان أن تقطع يده ، فقال صفوان : انى لم ارد هذا ، هو عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا قبل ان تاتينى به ؟ » ولأن ما حدث بعد وجوب الحد ولم يوجب شبهة فى الوجوب فلم يؤثر فى الحد ، كما لو زنى وهو عبد فصار حرا قبل أن يحد او زنى وهو بكر فصار ثيبا قبل أن يحد ، وان سرق عينا قيمتها ربع دينار فنقصت قيمتها قبل ان يقطع لم يسقط القطع لما ذكرناه ، وان ثبتت السرقة بالبينــة فاقر المسروق منه بالملك للسارق ، او قال : كنت ابحته له ، سقط القطع ، لأنه يحتمل أن يكون صادقا فى اقراره ، وذلك شبهة فلم يجب معها الحد ، وان ثبتت السرقة بالبينة فادعى السارق أن المسروق ماله وهبه منه او اباحه له وانكر المسروق منه ، ولم يكن للسارق بينة لم يقبل دعواه فى حق المسروق منه ، لأنه خلاف الظاهر ، بل يجب تسليم المال اليه ، واما القطع فالمنصوص انه لا يجب ، لأنه يجوز ان يكون صادقا وذلك شبهة فمنعت وجوب الحد ، وذكر أبو اسحاق وجها آخر انه يقطع ، لأنا لو اسقطنا القطع بدعواه افضى الى ان لا يقطع سارق وهذا خطأ لأنه يبطل به اذا ثبت عليه الزنا بامرأة وادعى زوجيتها فانه يسقط الحد ، وان أفضى ذلك الى اسقاط حد الزنا ، وان ثبتت السرقة بالبينة والمسروق منه غائب ، فالمنصوص فى السرقة أنه لا يقطع حتى يحضر فيدعى ، وقال فيمن قامت البينة عليه انه زنى بأمة ومولاها غائب : « انه يحــد ولا ينتظــر حضــور المولى » فاختلف اصحابنا فيــه على ثلاثة مذاهب ، احدها وهو قول أبى العباس بن سريج رحمه الله : انه لا يقام عليه الحد فى المسئلتين حتى يحضر ، وما روى فى حد الزنا سهو من الناقل ، وجهه انه يجوز ان يكون عند الغائب شبهة تسقط الحد ، بأن يقول المسروق منه : كنت أبحته له ، ويقول مولى الأمة : كنت وقفتها عليه ، والحد يدرأ بالشبهة فلا يقام عليه قبل الحضور ، والثانى وهو قول أبى اسحاق : انه ينقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى ، فيكون فى المسئلتين قولان احدهما : انه لا يحد لجواز أن يكون عند الغائب شبهة ، والثانى : انه يحد لأنه وجب الحــد فى الظاهر فلا يؤخــر ، والثالث وهو قول أبى الطيب بن ســلمة وابى حفص ابن الوكيل : انه يحد الزانى ، ولا يقطع السارق على ما نص عليه ، لأن حد الزنا لا تمنع الاباحة من وجوبه ، والقطع فى السرقة تمنع الإباحة من وجوبه ، وان ثبتت السرقة او الزنا بالاقرار فهو كما لو ثبتت بالبينة فيكون على ما تقــدم من المذاهب ومن أصحابنا ما قال : فيه وجه آخر انه يقطع السارق ويحــد الزانى فى الاقرار وجها واحدا ، والصحيح انه كالبينة ، واذا قلنا انه ينتظر قدوم الغائب ففيه وجهان احدهما : انه يحبس لأنه قد وجب الحــد وبقى

الاستيفاء ، فحبس كما يحبس من عليه القصاص الى أن يبلغ الصبي ويقدم الغائب ، والثاني : انه ان كان السفر قريبا حبس الى أن يقدم الغائب ، وان كان السفر بعيدا لم يحبس ، لأن في حبسه اضرارا به ، والحق لله عز وجل فلم يحبس لأجله .

الشرح حديث صفوان بن أمية مضى في غير موضع من هـذا البـاب .

اما الأحكام فاذا وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق أو باعها منه لم يسقط القطع . وجملة ذلك أن السارق اذا ملك العين المسروقة بهبة أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك ـ فان ملكها قبل أن يترافعا الى الحاكم والمطالبة بها عنده ـ لم يجب القطـع ، لأن من شرطه المطـالبة بالمسروق ، وبعـد ملكه له لم تصح المطـالبة ، وان ملكها بعد الترافع الى الحاكم لم يسقط القطع وبهـذا قال أحمـد ومالك واسحاق ، وقال أصحاب الرأي : يسقط ، لأنها صارت ملكه فلا يقطع في عين هي ملكه ، كما لو ملكها قبل المطالبة بهـا : ولأن المطـالبة شرط ، والشروط يعتبر دوامها ، ولم يبق لهذه العين مطالب .

وقال صاحب البيان : وقال قوم من أصحاب الحديث : ان وهبها منه قبل الترافع سقط القطع ، وان وهبها منه بعد الترافع لم يسقط القطع ، وحكى ذلك عن أبي يوسف وابن أبي ليلى اهـ . ولأصحابنا في توضيح هذه المسألة قولهم : انه اذا وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق أو باعها منه لم يسقط القطع . قال أصحابنا : سواء وهبها منه قبل أن يترافعا الى الحاكم أو بعد أن يترافعا فانه لا يسقط القطع قالوا : الا أنه اذا وهبهـا منه أو باعها منه بعد أن ترافعا الى الحـاكم فلا يسقط القطع ويستوفيه الحـاكم منه ، واذا وهبها منه أو باعها منه بعد أن ترافعا الى الحاكم فان القطـع لا يسقط ولكن لا يمكن استيفاؤه منه ، لأن بالهبة والبيع قد سقطت مطالبته له ، والامام لا يقطع السارق الا بمطالبة المسروق منه به . فاذا لم يكن من يطالب بالقطع لم يكن اسـتيفاء القطع ، هذا هو مذهبنا . دليلنـا قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » (١) وقوله صلى الله عليه

(١) الآية ٣٨ من سورة المائدة .

وسلم : « القطع فى ربع دينار » ولم يفرق بين أن يهبها منه أو لا يهبها ، وخبر صفوان حين نام فى المسجد متوسدا رداءه فسرقه رجل فأثبته وصاح به وأتى به النبى صلى الله عليه وسلم فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطعه فقال صفوان : يا رسول الله ما هـذا أردت هو عليه صدقة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «هلا كان ذلك قبل أن تأتينا ؟ » وقطعه ، فلو كانت الهبة تسقط القطع لنبه النبى صلى الله عليه وسلم على اتمامها ، وأما قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فهلا قبل أن تأتينى به ؟ » فله تأويلان ، أحدهما : أنه أراد : فهلا سترت عليه ولم تأتنى به ، والثانى : أنه أراد : فهلا وهبت له قبل أن تأتينى به : فسقط القطع بسقوط المطالبة ، ولأنه ملك حدث بعد وجوب الحد ، فلم يسقط الحد ، كما لو زنى بأمة ثم اشتراها •

اذا ثبت هذا فان المصنف ذكر أنه اذا وهبها بعد ما رفع الى السلطان لم يسقط القطع ، ولا يجوز أن يقال : انه اذا وهبها منه قبل أن يرفعه الى السلطان سقط القطع لأنه لم يذكر ذلك وليس لكلامه دليل خطاب ، وانما أراد به أنه يسقط الاستيفاء كما قال سائر أصحابنا •

مسـألة اذا ادعى رجل على رجل أنه سرق منه نصابا من حرز مثله فأقر المدعى عليه بذلك لزمه غرم النصاب والقطع باقراره مرة ، وبه قال مالك وأبو حنيفـة وأكثر أهل العلم ، وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف وزفر وأحمد واسحاق : لا يلزمه القطع الا أن يقر بالسرقة مرتين • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « من أتى من هـذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله • فان من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد » ولم يفرق بين أن يقر مرة أو مرتين ، فان رجع عن اقراره سقط عنه القطع وبه قال أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبى ليلى وداود : لا يسقط عنه القطع ، وبه قال بعض أصحابنا ، لأنه لا يتعلق به صـيانة أموال الآدميين ، والمذهب الأول ، لما روى أبو أمية المخزومى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص فاعترف اعترافا ولم يوجد معه المتاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أخالك سرقت قال : بلى مرتين أو ثلاثا قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقطعوه ثم جيئوا به ، قال : فقطعوه ثم جاءوا به فقال

رسول الله صلى الله عليه وسلم : قل : أستغفر الله وأتوب اليه، فقال : استغفر الله وأتوب اليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم تب عليه » أخرجه أبو داود والنسائي وأحمد وليس في النسائي : « مرتين أو ثلاثا » وزواه ابن ماجه وذكر مرة ثانية فيه قال : « ما أخالك سرقت ، قال : بلى » في هذا الحديث بحث حول رجل مجهول فيه والصواب ما قاله الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام أن رجاله ثقات ، والشاهد في هذا الحديث كون القطع يسقط بالرجوع ، ولولا ذلك لما عرض له النبي صلى الله عليه وسلم بالرجوع ، فان قطعت بعض يده ثم رجع ـ فان كانت يده اذا لم يتم قطعها رجى اندمالها ومنفعتها ـ لم يجز قطعها ، وان كانت اذا لم يتم قطعها لم يرج في تركها منفعة بل يخشى ضررها فالسارق بالخيار بين أن يقطعها ليستريح منها وبين أن يتركها .

اذا ثبت هذا فان المال لا يسقط برجوعه ، هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : هل يسقط المال برجوعه عن اقراره بالسرقة ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يسقط كما لو أقر أنه غصب من غيره عينا ثم رجع ، والثاني : يسقط عنه لأنه اقرار واحد ، فاذا قبلنا رجوعه فيه في بعض أحكامه قبلنا رجوعه في الجميع ، وان أقر أنه سرق نصابا لرجل من حرز مثله من غير دعوى فصادقه المقر له وجب عليه ضمان النصاب والقطع ، وان كذبه المقر له أو قال : كنت وهبته له أو أبحته له أو للناس لم يجب القطع ، لأن القطع لا يجب الا بمطالبة المسروق منه ولا مطالبة مع ذلك .

فـــرع وان ادعى رجل على رجل أنه سرق منه نصابا من حرز مثله وأنكر المدعى عليه فأقام المدعى شاهدين ذكرين وجب عليه النصاب والقطع ، ولا يجب عليه ذلك حتى يبين الشاهدان جنس المال وقدر النصاب وصفة الحرز ، لأن الناس مختلفون في ذلك فوجب بيانه لينظر الحاكم فيه . قال القاضي أبو الطيب : ويقولان : ولا نعلم أن له شبهة فيه . قال ابن الصباغ : وينبغي أن يكون هذا تأكيدا ، فان الأصل عدم الشبهة ، فاذا قال المشهود عليه : كذب الشاهدان ولم أسرق ، لم نلتفت الى قوله ولم

يسقط القطع • وان قال المشهود عليه : صدق الشاهدان كنت أخذته من حرز مثله ولكنه مال لى غصبه منى ، أو كنت ابتعته منه أو وهبه لى وأذن لى فى قبضه أو باحه الى أو للناس ، فأنكر المسروق منه ذلك ، لم يسمع قوله فى اسقاط حقه من المال ، فيحلف المسروق منه ؛ لأن الأصل عدم ما ادعاه السارق ، أو يأخذ المسروق منه ماله • وأما القطع فيسقط ، وقال أبو اسحاق المروزى : لا يسقط ، فان هذا يؤدى الى أن كل من ثبت عليه قطع السرقة ادعى ذلك فيسقط القطع ، والمذهب الأول ، لأن القطع حد ، والحد يسقط بالشبهة ، وذلك شبهة له ، لأنه يجوز صدقه ، وهكذا لو وجد مع امرأة يزنى بها وقال : هذه زوجتى وكذبته فانه يسقط الحد عنه ، وان ادعى عليه أنه سرق منه نصابا من حرز مثله فأنكر المدعى عليه فأقام المدعى على ذلك شاهدا وامرأتين أو شاهدا وحلف معه ثبت للمدعى المال الذى ادعاه ، لأنه ثبت بذلك • وأما القطع فلا يثبت ، لأن القطع ليس بمال ، ولأن المقصود منه المال • هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : لا يثبت القطع وهل يثبت المال ؟ فيه وجهان أحدهما : يثبت لما ذكرناه • والثانى : لا يثبت ، لأن المال ها هنا تبع للقطع ، فاذا لم يثبت القطع لم يثبت المال لأنها شهادة واحدة فلا يتبعض • فان ادعى على رجل أنه سرق نصابا من حرز مثله وأنكر المدعى عليه ولا بينة ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فان حلف لم يجب عليه غرم ولا قطع ، وان نكل حلف المدعى ، ويثبت له الغرم ولا يثبت القطع ، لأنه حد لله تعالى ، فلا يثبت بيمين المدعى•

فـــرع وان شهد شاهدان على رجل أنه سرق من حرز مثله لرجل والمسروق منه غائب ـ قال الشافعى رحمه الله : لا يقطع السارق حتى يحضر المسروق منه ، وقال : لو شهد أربعة على رجل أنه زنى بأمة لرجل وهو غائب حد ولم يعتبر حضور السيد • واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة طرق ، فقال أبو العباس بن سريج : لا يقطع حتى يحضر المسروق منه ولا يقام الحد حتى يحضر سيد الأمة قولا واحدا ، لأن الحد يسقط بالشبهة ، ويجوز أن يكون عند الغائب شبهة يسقط بها الحد ، بأن يقول فى السرقة : كنت وهبته له ، أو وقفته عليه ، وفى الزنا يجوز أن يقول :

كنت وقفتها عليه ، ومن يقل : اقامة الحد قبل حضور السيد فقد أخطأ ، ونقل أبو اسحاق جوابه فى كل واحد منهما الى الآخر أو جعلهما على قولين ، أحدهما : لا يجوز اقامة الحدين قبل حضور المالكين لما ذكرناه • والثانى : يجوز ، لأن الحد قد وجب فى الظاهر فلا يجوز تأخيره ، وحملهما أبو الطيب ابن سلمة على ظاهرهما فقال : لا يجوز القطع قبل حضور المالك ، ويجوز اقامة حد الزنا قبل حضور السيد ، لأن الحد فى السرقة أوسع فى الاسقاط ، ولهذا لو سرق مال والده لم يقطع ، ولو زنى بأمة والده حد ، وان أقر رجل أنه سرق نصابا من حرز مثله لرجل غائب أو زنى بجارية لرجل غائب اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : تبنى هذه على التى قبلها ، وهو اذا ثبت الزنا والسرقة بالبينة ـ فان قلنا : يقطع السارق ويحد الزانى قبل حضور المالك ـ فها هنا أولى ، وان قلنا هناك : لا يقطع السارق ولا يحد الزانى حتى يحضر المالك فها هنا وجهان ، والفرق بينهما أن ذلك اذا ثبت بالبينة جاز أن تكون البينة كاذبة ، واذا ثبت ذلك بالاقرار فقد أقر على نفسه • وذكر الشيخ أبو حامد أنه اذا أقر بالسرقة ابتداء من غير دعوى لم يقطع حتى يحضر المسروق منه فيطالب • وقال الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب : يقطع ولا ينتظر حضوره ، لأن القطع قد لزمه باقراره فلا معنى لانتظاره ، والمذهب أنه لا يقطع ، لأن الحد يسقط بالشبهة ، ويجوز أن يكون عند الغائب شبهة يسقط بها القطع ، فاذا قلنا : يقطع ، فلا كلام • واذا قلنا : لا يقطع فهل يحبس السارق الى أن يحضر المسروق منه ، قال الشيخان (١) : فيه وجهان ، أحدهما : يحبس لأن الحد قد وجب فى الظاهر ، وانما أخر استيفاؤه خوفان أن تكون هناك شبهة ليسقط بها القطع فوجب حبسه كما لو وجب القطع لصبى أو مجنون • والثانى : ان كانت غيبة المسروق منه قريبة يحبس السارق الى أن يقدم ، وان كانت بعيدة لم يحبس لأن على السارق ضررا فى الحبس الى أن يحضر من الغيبة البعيدة ، ولا ضرر عليه فى الحبس الى أن يحضر من الغيبة القريبة ، وان أقر رجل أنه غصب من رجل غائب مالا لم يحبسه الحاكم ، والفرق بينهما

---

(١) اى الشيخ ابو اسحاق الشيرازى والشيخ ابو حامد الاسفراينى راجع ترجمتهما فى الجزء الأول •

أن من أقر بالغصب أقر بحق المغصوب منه ، لا يتعلق للحاكم به مطالبته ؛ فلم يستحق حبسه ، ومن أقر بالسرقة أقر بما يتعلق الحاكم به مطالبته وهو القطع ، فملك حبسه . قال ابن الصباغ : هل يحبس السارق ؟ فيه وجهان أحدهما : يحبس لما مضى . والثانى : ان كانت العين المسروقة تالفة حبس وان كانت باقية نظرت ــ فان كانت غيبته قريبة ــ أخذت منه العين وحبس ، وان كانت بعيدة أخذت منه العين ولم يحبس .

فـــرع وان أقر رجلان بسرقة عين قيمتها نصاباً من حرز مثلها وجب عليهما القطع ، فان رجع أحدهما عن اقراره وأقام الآخر على اقراره سقط القطع عن الراجع ولم يسقط عن الآخر ، لأن حكم كل واحد منهمـا يعتبر بنفسه ، وان قال أحدهما : هذه العين لى فصدقه شريكه ، أو ادعاها شريكه لنفسه وكذبهما المسروقة منه لم يقبل قولهما فى ملك الغير ، ويسقط القطع عنهما على المذهب . وأما اذا ادعاها لنفسه وكذبه شريكه وقال : بل سرقناها ؛ فان القطع يسقط عن الذى ادعى أنها له ، وهل يسقط القطع عن شريكه ؟ فيه وجهان : قال ابن القاص وابن الصباغ : لا يسقط عنه القطـع لجواز صدق شريكه المدعى أنها له ، ألا ترى أن رجلا لو سرق عينا من رجل فقال المسروق منه العين للسارق : كنت وهبتها له أو أبحتها له سقط القطع فكذلك هذا مثله ، فأما اذا قال أحدهما : هذه العين لشريكى الذى أخذها معى وأخذتها معه باذنه وقال شريكه : ليست لى وانما سرقنـاها ، قال الطبرى فى العدة : فلا قطع على هذا المدعى ، لأن ما ادعاه محتمل وهل يجب القطع على شريكه ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين اذا شهدا على رجل بما يوجب القتل فقتل فرجعا عن الشهادة وقال أحدهما : تعمدنا الشهادة عليه ليقتل ، وقال الآخر : بل أخطأنا فلا قود على الذى قال : بل أخطأنا . وهل يجب على المقر بعمدها القود ؟ فيه وجهان ، وان شهد شاهدان على خادم أنه سرق نصـابا لرجل من حرز مثله وجب عليه القطـع ، فان قال الخادم : المال الذى سرقته لسيدى فان صدقه السيد سقط القطـع عن الخادم وان قال السيد : المال ليس لى ففى قول ابن القاص يسقط القطـع فمن أصحابنا من سلم له ذلك ، لأن الخادم ادعى ما لو ثبت سقط عنه به

القطع ، كمن سرق شيئا وادعى أنه يملك ما سرقه ، ومنهم من قال : لا يسقط عنه القطع لأنه لم يدع لنفسه شيئا وانما نسب ملكه لمن لا يدعيه فلم يسقط عنه القطع ، وان قال السارق : هذه العين لفلان وقد أذن لى فى أخذها فقال فلان : ليست لى ، فهل يسقط القطع عن السارق ؟ على الوجهين فى العدة للطبرى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واذا ثبت الحد عند السلطان لم يجز العفو عنه ولا تجوز الشفاعة فيه لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : ((أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق قد سرق فامر به فقطع فقيل : يا رسول الله ما كنا نراك تبلغ به هذا قال : لو كانت فاطمة بنت محمد لأقمت عليها الحد)) وروى عروة قال : شفع الزبير فى سارق فقيل : حتى يأتى السلطان قال : اذا بلغ السلطان فلعن الله الشافع والمشفع كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم)) ولأن الحد لله فلا يجوز فيه العفو والشفاعة .

فصل واذا وجب القطع قطعت يده اليمنى فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا قطعت يده اليسرى ، فان سرق رابعا قطعت رجله اليمنى ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى السارق : وان سرق فاقطعوا أيده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله)) وان سرق خامسا لم يقتل لأن النبى صلى الله عليه وسلم بين فى حديث أبى هريرة ما يجب عليه فى أربع مرات ، فلو وجب فى الخامسة قتل لبين ، ويعزر لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فعزر فيها .

فصل وتقطع اليد من مفصل الكف لما روى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما أنهما قالا ((اذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع)) ولأن البطش بالكف وما زاد من الذراع تابع ، ولهذا تجب الدية فيه ، ويجب فيما زاد الحكومة ، وتقطع الرجل من مفصل القدم وقال أبو ثور تقطع الرجل من شطر القدم لما روى الشعبى قال : كان على عليه السلام يقطع الرجل من شطر القدم ويترك له عقبا ويقول ادع له ما يعتمد عليه . والمذهب ما ذكرناه والدليل عليه ما روى عن عمر رضى الله عنه انه كان يقطع القدم من مفصلها ولأن البطش بالقدم ويجب فيها الدية فوجب قطعه .

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه الشافعى وأخرج نحوه الدارقطنى . أما حديث عائشة رضى الله عنها فقد أخرجه مسلم والنسائى وأحمد بلفظ يخالف ما أورده المصنف بل ان جميع الروايات تخالفه ، ولفظ هؤلاء قالت : كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها فأتى أهلها أسامة بن زيد فكلموه فكلم النبى صلى الله عليه وسلم فيها فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : يا أسامة لا أراك تشفع فى حد من حدود الله عز وجل ثم قام النبى صلى الله عليه وسلم خطيبا فقال : انما هلك من كان قبلكم بأنه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها ، فقطع المخزومية » وفى رواية عند أبى داود والنسائى عنها « أنها استعارت — أى المرأة — حليا » وأخرج أبو داود والنسائى وأحمد عن ابن عمر قال : « كانت مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى صلى الله عليه وسلم فقطعت يدها » وأخرج الشيخان وأحمد والنسائى عن عائشة : « أن قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التى سرقت قالوا : من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن يجترىء عليه الا أسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أتشفع فى حد من حدود الله ؟ ثم قام فخطب فقال : يا أيها الناس انما ضل من كان قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها » أما عبارة : « لعن الله الشافع والمشفع » فلم ترو عن عروة وانما أوردها فى الموطأ عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن : « أن الزبير ابن العوام لقى رجلا قد أخذ سارقا وهو يريد أن يذهب به الى السلطان فشفع له الزبير ليرسله ، فقال : لا حتى أبلغ به السلطان ، فقال الزبير : اذا بلغت به السلطان فلعن الله الشافع والمشفع » .

والمرأة المذكورة فى الأحاديث اسمها فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسد ابن عبد الله بن عمرو وهى بنت أخى أبى سلمة بن عبد الأسد الصحابى وقد أخرج عبد الرزاق بسند صحيح الى أبى بكر بن عبد الرحمن : « أن

امرأة جاءت فقالت ان فلانة تستعير حليا فأعارتها فمكثت لا تراها فجاءت الى التى استعارت لها تسألها فقالت ما استعزتك شيئا فرجعت الى الأخرى فأنكرت فجاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فدعاها فسألها فقالت : والذى بعثك بالحق ما استعرت منها شيئا فقال : اذهبوا الى بيتها تجـدوه تحت فراشها فأتوه وأخذوه ، فأمر بها فقعطت » ساقه الشوكانى فى النيل وقال : « قوله : فأتى أهلها أسامة فكلموه • فى رواية للبخارى : ان قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا : من يكلم رسول الله صلى الله عليـه وسلم ومن يجترىء عليه الا أسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسـلم وجاء فى رواية أن المخزومية المذكورة عاذت بأم سـلمة ، وأخرج الحـاكم موصولا وأبو داود مرسلا أنها عاذت بزينب بنت رسول الله صلى الله عليـه وسلم واستشكل ذلك بأن زينب ماتت فى شهر جمادى من السنة السابعة من الهجرة وقصة المخزومية فى غزوة الفتح سنة ثمان وقيل : المراد زينب بنت أم سلمة ربيبة النبى صلى الله عليه وسلم فتكون نسبتها اليه مجازا ، أنها عاذت بأم سلمة وابنيها فشفعوا لها الى النبى صلى الله عليه وسلم فلم وفى رواية لعبد الرزاق أنها عاذت بعمرو بن أبى سلمة والجمع بين الروايات أنها عاذت بأم سلمة وأبنيها فشفعوا لها الى النبى صلى الله عليه وسلم فلم يشفعهم فطلب الجماعة من قريش من أسامة الشفاعة ظنا منهم بأن النبى صلى الله عليه وسلم يقبل شفاعته لمحبته له •

أما الأحكام فاذا ثبتت السرقة الموجبة للقطع عند السلطان أو الحاكم لم يجز أن يعفو عنه ولا لغيره أن يشفع اليه فى ذلك لما روت عائشة الحديث الذى سقناه ، ولأن الحد لله فلا يجوز العفو عنه ولا الشفاعة فيه كسائر حقوق الله تعالى • والأحاديث فيها دليل على تحريم الشفاعة فى الحدود اذا رفعت الى الامام لا قبل رفعها فانه جائز ، وقد ورد فى مرسل حبيب بن أبى ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأسامة لما تشفع : لا تشفع فى حد فان الحدود اذا انتهت الى فليست بمتروكة » وقد ورد أن الله أهلك بنى اسرائيل بمثل هذه الشفاعات المعطلة لحدود الله تعالى • وقد ذهب الى قطع جاحد العارية من لم يشترط فى القطع أن يكون من حرز وهو أحمد واسحاق

وزفر وابن حزم فى المحلى والخوارج • وأما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا الى عدم وجوب القطع لمن جحد العارية واستدلوا على ذلك بأن القرآن والسنة أوجبا القطع على السارق والجاحد للوديعة ليس بسارق ، وأجاب الآخرون بأن الجحد داخل فى اسم السرقة لأنه هو والسارق لا يمكن الاحتراز منهما ، بخلاف المختلس والمنتهب ، كذا أفاده ابن القيم ويجاب عن ذلك بأن الخائن أيضا لا يمكن الاحتراز عنه لأنه آخذ المال خفية مع اظهار النصح كما سلف ، وقد دل الدليل على أنه لا يقطع ، وأجاب الجمهور عن أحاديث المخزومية بأن الجحد للعارية وان كان مرويا فيها من طريق عائشة وجابر وابن عمر وغيرهم لكنه ورد التصريح فى الصحيحين وغيرهما بذكر السرقة ، وفى رواية من حديث ابن مسعود أنها سرقت قطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه ابن حبان والحاكم وصححه ، وأبو الشيخ وعلقه أبو داود والترمذى ، ووقع فى مرسل حبيب بن أبى ثابت أنها سرقت حليا ، قالوا : والجمع ممكن بأن يكون الحلى فى القطيفة فتقرر أن المذكورة وقع منها السرقة فذكر جحد العارية لا يدل على أن القطع كان له فقط ، ويمكن أن يكون ذكر الجحد لقصد التعريف بحالها وانها كانت مشتهرة بهذا الوصف والقطع كان للسرقة كذا قال الخطابى وتبعه البيهقى والنووى وغيرهما وحكاه هكذا وأفاده الشوكانى فى النيل ثم قال : ويؤيد هذا ما فى حديث النبى صلى الله عليه وسلم : « انما هلك من كان قبلكم بأنه اذا سرق فيهم الشريف الخ الحديث ، فان ذكر هذا عقب ذكر المرأة المذكورة يدل على أنه قد وقع منها السرق ، ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن النبى صلى الله عليه وسلم أنزل ذلك الجحد منزله السرقة فيكون دليلا لمن قال انه يصدق اسم السرق على جحد الوديعة ، ولا يخفى أن الظاهر من أحاديث الباب أن القطع كان لأجل ذلك الجحد كما يشعر به قوله فى حديث ابن عمر ا هـ •

قال القاضى العمرانى فى البيان : اذا سرق أول مرة قطعت يده اليمنى لقوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وروى عن ابن مسعود أنه كان يقرؤها فاقطعوا أيمانهما ، والقراءة الشاذة تجرى مجرى أخبار الآحاد ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى السارق : « اذا

سرق فاقطعوا يده اليمنى فأتى النبى صلى الله عليه وسلم بسارق فقطع يمينه » وروى ذلك عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ولا مخالف لهما ، وان سرق ثانيا بعد أن قطعت يده اليمنى قطعت يده اليسرى وبه قال عامة أهل العلم الا عطاء فانه قال : تقطع يده اليسرى لقوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ولأنها آلة السرقة والبطش فكانت العقوبة بقطعها أولى ا هـ قلت : وروى ذلك عن ربيعة الرأى شيخ مالك وداود بن على ، وهو شاذ لمخالفته لفقهاء الأمصار ابتداء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم • وقطع أبو بكر رضى الله عنه يد الرجل الذى سرق من بيته الحلى وكان مقطوع اليد والرجل عند ذلك ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، وكذلك فعل عمر رضى الله عنه فان سرق خامسا فانه يحبس ويعزر ولا يقتل ، وقال عثمان وعبد الله بن عمر وعمر بن عبد العزيز : يقتل لحديث جابر ، دليلنا أن الأحاديث الواردة ليس فيها القتل •

فـــرع اذا أراد الامام أن يقطع يد السارق فانه يقطعها من مفصل الكوع وروى عن عمر رضى الله عنه ذلك ، وروى عن بعض السلف أنه قال : يقطع الأصابع دون الكف وهى احدى الروايتين عن على وقالت الخوارج : يقطع من المنكب دليلنا قوله تعالى : « فاقطعوا أيديهما » واطلاق اسم اليد ينصرف الى اليد من الكوع بدليل ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى اليد خمسون من الابل » واليد التى يجب بها خمسون من ابهامى اليد الى الكوع ، وروى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال : « اذا سرق فاقطعوا يده اليمين من الكوع » وكذلك روى عن عمر • ولأن البطش يقع بذلك ، واذا أراد قطع رجله فانه يقطعها من مفصل القدم ، وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : يقطع من شطر القدم وبه قالت الشيعة وأبو ثور دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « فان سرق فاقطعوا رجله » واطلاق اسم الرجل انما ينصرف الى الرجل من مفصل القدم بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى الرجل خمسون من الابل » وذلك ينصرف الى الرجل من مفصل القدم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان سرق ولا يمين له قطعت الرجل اليسرى ، فان كانت له يمين عند السرقة فذهبت بآكلة أو جناية سقط الحد ولم ينتقل الحد الى الرجل والفرق بين المسـئلتين انه اذا سرق ولا يمين له تعلق الحد بالعضـو الذى يقطع بعدها ، واذا سرق وله يمين تعلق القطع بهـا ، فاذا ذهبت زال ما تعلق به القطـع فسقط . وان سرق وله يد ناقصـة الأصابع قطعت لأن اسم اليد يقع عليها ، وان لم يبق غير الراحة ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يقطع وينتقل الحد الى الرجل ، لأنه قد ذهبت المنفعة المقصودة بها ، ولهذا لا يضمن بأرش مقدر فصار كما لو لم يبق منها شيء (والثانى) انه يقطـع ما بقى لأنه بقى جزء من العضو الذى تعلق به القطع فوجب قطعه كما لو بقيت انملة فانه سرق وله يد شلاء فان قال أهل الخبرة : انها اذا قطعت انسـدت عروقها قطعت ، وان قالوا لا تنسد عروقهـا لم تقطع لأن قطعهـا يؤدى الى أن يهلك .

فصـــل واذا قطع فالسـنة أن يعلق العضـو فى عنقه ساعة ، لمـا روى فضالة بن عبيد قال : « اتى النبى صلى الله عليه وسلم بسارق فامر به فقطعت يده ، ثم أمر فعلقت فى رقبته » ولأن فى ذلك ردعا للناس ، ويحسم موضع القطع لمـا روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال : اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فقطع فاتى به فقال : تب الى الله تعالى فقال : تبت الى الله تعالى ، فقـال : تاب الله عليك » والحسم هو ان يغلى الزيت غليـا جيدا ثم يغمس فيه موضـع القطع لتنحسم العروق وينقطع الدم ، فان ترك الحسم جاز لأنها مداواة فجاز تركها واما ثمن الزيت وأجرة القاطع فهو فى بيت المال لأنه من المصالح ، فان قال : أنا أقطع بنفسى ففيـه وجهان (احـدهما) انه لا يمكن كما لا يمكن فى القصاص (والثانى) انه يمكن لأن الحق لله تعالى والقصد به التنكيل وذلك قد يحصل بفعله ، بخلاف القصاص فانه يجب للآدمى التشفى فكان الاستيفاء اليـه .

فصـــل وان وجب عليه قطع يمينه فاخرج يساره فاعتقد انها يمينه أو اعتقد ان قطعها يجزىء عن اليمين فقطعها القاطع ففيه وجهـان (احدهما) وهو المنصوص انه يجزئه عن اليمين ، لأن الحق لله تعـالى ومبناه على المساهلة فقامت اليسار فيه مقام اليمين (والثانى) انه لا يجزئه لأنه قطع غير العضو الذى تعلق به القطع فعلى هذا ان كان القاطع تعمد قطع اليسار وجب عليه القصاص فى يساره وان قطعها وهو يعتقد ان قطعهـا يجزئه عن اليمين وجب عليه نصف الدية .

فصــــل اذا تلف المسروق فى يد السارق ضمن بدله وقطع ، ولا يمنع احدهما الآخر ، لأن الضمان يجب لحق الآدمى والقطع يجب لله تعالى ، فلا يمنع احدهما الآخر كالدية والكفارة .

الشرح حديث فضالة بن عبيد فى سنن البيهقى أنه سـئل : « أرأيت تعليق يد السارق فى عنقه من السنة ؟ قال : نعم رأيت النبى صلى الله عليه وسلم قطع سارقا ثم أمر بيده فعلقت فى عنقه » وأخرج البيهقى أيضا بسنده : « أن عليا رضى الله عنه قطع سارقا ومر به ويده فى عنقـه » وأخرج عنه أيضا : « أنه أقر عنده سارق مرتين فقطع يده وعلقها فى عنقه » .

قال راوي الأثر : فكأنى أنظر الى يده تضرب صـدره أما حديث أبى هريرة رضى الله عنه فعند الدارقطنى لفظ : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسارق قد سرق شملة فقالوا يا رسول الله ان هذا قد سرق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أخاله سرق فقال السارق : بلى يا رسول الله فقال : اذهبوا فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع فأتى به فقال : تب الى الله قال : تبت الى الله قال : تاب الله عليك » وأخرجه أيضا موصولا الحاكم والبيهقى وصححه ابن القطان وأخرجه أبو داود فى المراسيل عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان وليس فيه أبو هريرة ورجح المرسل ابن خزيمة وابن المدينى .

وفضالة بن عبيد رضى الله عنه هو فضالة بن عبيد بن ناقد بن قيس من سلالة عوف بن مالك بن الأوس ويكنى أبا محمـد أول مشاهده أحد ثم شهد المشاهد كلها وسكن دمشق وبنى دارا وكان فيها قاضيا لمعاوية ، ومات بها وكان معاوية لما حضرت أبا الدرداء الوفاة قال له معاوية : من ترى لهذا الأمر ؟ فقال : فضالة بن عبيد فلما مات أرسل الى فضالة فولاه القضاء . وقال له : أما انى لم أحبك بها ، ولكنى استترت بك عن الناس فاستتر . ثم أمره معاوية على الجيش فغزا الروم فى البحر وسبى بأرضهم . وتوفى فضالة فى خلافة معاوية فحمل معاوية سريره وقال لابنه عبـد الله : أعنى يا بنى فانك لا تحمل بعده مثله أبدا . وكانت وفاته سنة ٥٣ هـ .

اما اللغات فالكوع هــو العظم الذى يلى الابهام من الرســغ • والحسم أصله القطع يقال : حســـمه فانحسم ، وأراد بذلك قطـــع الدم بانسداد أفواه العروق ، وكانوا يحسمون بالكى أو يغمس مكان القطع فى الزيت المغلى فيعمل عمل صبغة اليود فى زماننا هذا •

اما الأحكام فاذا قطعت يده اليمنى بجناية أو قصاص أو سقطت بآكلة ثم سرق قطعت رجله اليسرى كما لو سرق فقطعت يده اليمنى ثم سرق ثانيا • وان سرق ويده اليمنى غير مقطوعة فقطعت ظلما أو بقصـــاص أو سقطت بآكلة قال أصحابنا البغداديون : سقط عنه القطع فى هذه السرقة وبه قال أبو حنيفة • وقال المسعودى : تقطع رجله اليسرى والأول هــو المشهور لأن القطع فى السرقة تعلق بيده اليمنى فاذا سقطت سقط القطع ، ويخالف اذا سرق ولا يمين له فان القطع لم يتعلق بها وانما يتعلق بالعضو الذى يقطع بعدها وان سرق وله يد يمين تامة الأصابع وله يسار شلاء أو ناقصة الأصابع أو لم يكن له يسار قطعت يده اليمنى ، وبهذا كله قال أحمد وأصحابه وقال أبو حنيفة : ان لم تكن له يسار ، أو كانت له يسار ناقصـــة الابهام أو ناقصة أصبعين من الأصابع الأربع أو كانت شـــلاء لم تقطع يده اليمنى • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « فاقطعوا يمينه » ولم يفرق • وان سرق وله كف يمين لا أصابع لها ومحل القطع باق أو ذهب بعض الكف عليها ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز قطعها بل تقطع رجله اليسرى لأن الكف ليس له بدل مقدر فأشبه الذراع • والثانى : تقطع كف يده ، وهو المذهب لأنه بقى بعض ما يقطع فى السرقة فلم ينتقل الى ما بعده مع وجوده كما لو بقى فى كفه أنملة • وان سرق وله يد شـــلاء فان قال أهل الخبرة لا يخاف من قطعهـــا هلاكه قطعت ولم ينتقل الى العضـــو الذى بعدها كالصحيح ، وان قالوا : يخاف من قطعهـــا هلاكه لم يقطـــع وقطعت رجله اليسرى لأنها كالمعدومة •

فـــرع اذا سرق سرقة تقتضى القطع ثم سرق من آخر سرقة تقتضى القطع ثم سرق ثالثا ورابعا فانه يقطع العضو الذى وجب قطعه للسرقة

الأولى ويقع ذلك عن جميع السرقات لأنها حقوق الله تعالى تداخلت كما لو زنى ثم زنى • وان سرق من رجل عينا فقطعت يده فيها ثم ردت العين الى مالكها فسرقها هذا السارق مرة ثانية قطعت رجله بها وكذلك اذا سرقها ثالثا قطعت يده وان سرقها رابعا قطعت رجله ، وقال أبو حنيفة : اذا قطع بسرقة عين مرة لم يقطع بسرقتها سواء سرقها من مالكها الأول أو من غيره • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله » ولم يفرق •

فرع يحبس السارق اذا أريد قطعه لأنه أمكن ، ويضبط لئلا يتحرك فيتعدى القطع الى موضع آخر ويخلع كفه وهو أن يشتد حبل فى يده من فوق كوعه وحبل فى كفه ثم يجر الحبل الى فوق كوعه الى جانب مرفقه والحبل الذى فى كفه الى جانب أصابعه حتى يتبين مفصل الكف ويقطع بسكين حاد أو حديدة حادة قطعة واحدة ، ولا يقطع بسكين غير حاد ولا قليلا قليلا ، لأن القصد اقامة الحد دون التعذيب ثم يحسم موضع القطع • وهو أن يترك يده بعد القطع فى زيت أو سمن مغلى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم : « أتى برجل أقر بأنه سرق شملة فقال : اقطعوه واحسموه » وروى ذلك عن أبى بكر وعمر ولا مخالف لهما ولأن بالحسم ينقطع الدم فلا يتلف • والمستحب أن يأمر الامام من يتولى ذلك الحسم ، ولا يحسم السارق الا باذنه لأنه مداواة ، فان لم يأذن لم يحسم ويكون ثمن الدهن وأجرة القاطع من بيت المال لأن فيه مصلحة ــ فان لم يكن فى بيت المال شيء كان ذلك من مال السارق ، فان قال السارق : أنا أقطع يدى بنفسى ففيه وجهان أحدهما : لا يمكن من ذلك كما قلنا فى القصاص • والثانى : يجوز تمكينه لأن القصد ردعه وذلك يحصل بقطعه بنفسه بخلاف القطع فى القصاص فان القصد منه التشفى وذلك لا يحصل بقطعه بنفسه ، والمستحب أن تعلق يده بعد القطع على رقبته ويترك ساعة لحديث فضالة بن عبيد الذى خرجناه آنفا •

قوله : (وان وجب عليه قطع يمينه فأخرج يساره الخ) فجملة ذلك أنه

اذا وجب على السارق قطع يمينه فقـال له القاطع : أخرج يمينك فأخرج يساره ظنا منه أنها يمينه أو أن قطعهـا يجزى عن العين فقطعهـا فاختلف أصحابنا فيه فذكر القاضى أبو الطيب والشـيخ أبو اسحاق المصنف هنـا فيه وجهين أحدهما : يجزى قطعها عن اليمين وهو المنصوص لأن الحق لله ومبناه على المسامحة . والثانى : لا يجزى لأنه قطع عضو غير العضو الذى تعلق به القطع فلم يجزه كما قلنا فى القصاص ، فعلى هذا ان قال القاطع : علمت أنها اليسار وأن قطعها لا يجزى عن اليمين وجب عليه القصاص فى اليسار ، وان قال : ظننتها اليمين أو قطعها يجزى عن اليمين وجب عليـه ديتها ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : يرجع الى القاطع فالقول قوله مع يمينه ولا قصاص عليه بل عليه دية اليسار ، وهل يسقط القطع عن يمين السارق ؟ فيه قولان قال أبو اسحاق المروزى : اذا وجب على السارق القطع فى يمينه فسقطت يساره بآكلة سقط القطع عن اليمين . قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : وأظنه أخذه من أحد القولين فى هـذه المسألة وليس هـذا بصحيح ، لأن الشافعى رضى الله عنه انما أسقط القطع عن اليمين فيها على أحد القولين اذا أحدث بينة القطع عن السرقة ، وهذا المعنى غير موجود فيه اذا سقط اليسار بآكلة .

قوله : (اذا تلف المسروق فى يد السارق الخ) فجملة ذلك أنه اذا سرق نصابا يجب فيه القطع ـ فان كان النصاب باقيا ـ وجب قطع السـارق ووجب عليه رد المال المسروق بلا خلاف ، وان كان تالفا لزمه القطع والغرم عندنا ، وبه قال الحسن البصرى وحماد وأحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفة والثورى : لا يجمع بين الغرم والقطع ، فاذا أثبت المسروق منه السرقة عند الحاكم فانه يقطعه ولا غرم عليه ، وان طالبه المسروق منـه بالغرامة وغرم سقط القطع عنه ، وقال مالك : يقطع بكل حال ، فان كان موسرا كان عليه الغرم وان كان معسرا فلا غرم عليه دليلنـا قوله صلى الله عليـه وسلم : « القطع فى ربع دينار » ولم يفرق ، ولأنه حد لله يجب بايقاع فعل فى عين فاذا وجت رد العين مع بقائها جاز أن يجب الحد وغرم العين مع اتلافها كما لو غصب جارية وزنى بها . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد قاطع الطريق

من شهر السلاح وأخاف السبيل فى مصر او برية وجب على الامام طلبه لانه اذا ترك قويت شوكته وكثر الفساد به فى قتل النفوس واخذ الأموال ، فان وقع قبل ان يأخذ المال ويقتل النفس عزر وحبس على حسب ما يراه السلطان ، لأنه تعرض للدخول فى معصية عظيمة فعزر كالمتعرض للسرقة بالنقب ، والمتعرض للزنا بالقبلة وان اخذ نصابا محرزا بحرز مثله ممن يقطع بسرقة مال وجب عليه قطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، لما روى الشافعى عن ابن عباس أنه قال فى قطاع الطريق « اذا قتلوا واخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا اخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ، ونفيهم اذا هربوا أن يطلبوا حتى يؤخذوا وتقام عليهم الحدود لأنه ساوى السارق فى اخذ النصاب على وجه لا يمكن الاحتراز منه فساواه فى قطع اليد وزاد عليه باخافة السبيل بسهر السلاح فغلظ بقطع الرجل فان لم يكن له اليد اليمنى وله الرجل اليسرى قطع الرجل لأن الحد تعلق بهما فاذا فقد أحدهما تعلق الحد بالباقى كما قلنا فى السارق اذا كانت له يد ناقصة الأصابع وان لم يكن له اليد اليمنى ولا الرجل اليسرى انتقل القطع الى اليد اليسرى والرجل اليمنى لأن ما يبدأ به معدوم فتعلق الحد بما بعده ، وان أخذ دون النصاب لم يقطع وخرج أبو على ابن خيران قولا آخر أنه لا يعتبر النصاب كما لا يعتبر التكافؤ فى القتل فى المحاربة فى أحد القولين وهذا خطأ لأنه قطع يجب بأخذ المال فشرط فيه النصاب كالقطع فى السرقة ، فان اخذ المال من غير حرز بأن انفرد عن القافلة او اخذ من جمال مقطرة ترك القائد تعاهدها لم يقطع لأنه قطع يتعلق بأخذ المال فشرط فيه الحرز كقطع السرقة .

الشرح أثر ابن عباس رواه الشافعى فى مسنده من طريق ابراهيم بن محمد بن أبى يحيى قال الخزرجى : هو على ضعفه أحد الأعلام ، وقال الذهبى فى الميزان : أحد العلماء الضعفاء ، وقال البخارى [1] : كان

---

(١) التاريخ الصغير للبخارى نسختنا الخطية عن نسخة المكتبة الأزهرية (ط) .

يرى القدر وكان جهميا ، وقال الحميدى : قال الشافعى : وليت على عمل باليمين فجهدت فيه ، فقدمت فلقيت ابن أبى يحيى فقـال لى : تجالسوننا وتضيعون فاذا شرع لأحدكم شيء دخل فيه ، فوبخنى ، فلقيت ابن عيينة فقال : قد بلغنا ولايتك فما أحسن ما انتشر عنك وما أديت كل الذى عليك فلا تعد ، فكانت موعظته أبلغ مما صنع ابن أبى يحيى . وقال الربيع : كان الشافعى اذا قال : حدثنا من لا أتهم — يريد به ابراهيم بن أبى يحيى . قال : قد وثقة ابن عقدة وابن عدى . وقد ترجم له ترجمة طويلة ، وقال عنه : وله كتاب الموطأ أضعاف موطأ مالك وقد وثقه الشافعى وابن الأصبهانى .

أما اللغات فقوله : (من شهر السلاح) أى انتضاه ورفعه على الناس أو سله من غمده ، واخافة السبيل أى التعرض للسائرين فى الطريق بالارهاب سواء وقع ذلك فى بلد عظيم أو فى برية مقفرة غير آهلة بالساكنين ، ومصر عمر سبعة أمصار منها المصران : البصرة والكوفة ، ويكتب أهل هجر فى شروطهم : اشترى فلان الدار بمصورها أى بحدودها . قال عدى :

وجاعل الشمس مصرا لا خفاء به بين النهار وبين الليل قد فصلا

والشوكة مجاز من شوك الشجر ، ويقال : أصابهم شوك القنا وهى شبا الأسنة . وقال ابن بطال : الشوكة شدة البأس والحدة فى السلاح .

أما الأحكام فالأصل فى حد قاطع الطريق قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا » (١) قال الآلوسى : ذهب أكثر المفسرين كما قال الطبرسى وعليه جلة العلماء الى أنها نزلت فى قطاع الطرق ، والكلام كما قال الجصاص على حذف مضاف أى يحاربون أولياء الله ورسوله كقوله تعالى : « ان الذين يؤذون الله ورسوله » (٢) ويدل على ذلك أنهم لو حاربوا رسول الله صلى الله عليه وسلم لكانوا مرتدين باظهار محاربته ومخالفته ، وقيل : ليس هناك

(٢) الآية ٣٣ من المائدة .
(١) الآية ٥٧ من الأحزاب .

مضاف محذوف وانما المراد محاربة المسلمين الا أنه جعل محاربتهم محاربة الله عز وجل •

وبالقول فى نزولها فى قطاع الطريق قال ابن عباس ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال بعض الناس نزلت فى أهل الذمة اذا نقضوا الذمة ولحقوا بدار الحرب ، وقال ابن عمر رضى الله عنهما : نزلت فى المرتدين من العرنيين ، دليلنا قوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم [1] » وستأتى بقية فى الفصل بعده فأمر بقتلهم وصلبهم وقطع أيديهم وأرجلهم وأسقط بالتوبة عن الذين تابوا من قبل أن يقدروا عليهم هذه الأحكام وهذا انما يكون فى قطاع الطريق ، فأما أهل الذمة والمرتدون اذ أسلموا حقنوا دماءهم قبل القدرة عليهم وبعد القدرة عليهم ، فاذا ثبت هذا فاختلفوا فى ترتيب الأحكام المذكورة فى الآية فى قطاع الطريق فمذهبنا أنهم اذا أشهروا السلاح وأخافوا السبيل حتى صار الناس يفزعون من الاجتياز فيها خوفا منهم فقد صاروا محاربين بذلك وان لم يأخذوا شيئا ، فيجب على الامام طلبهم لأنهم اذا تركوا أفسدوا بأخذ الأموال والقتل فان هربوا تبعهم الى أن يخرجوا من بلاد الاسلام ، وان أدركهم عزرهم بما أداه اجتهاده اليه ويحبسهم • قال أبو العباس : والأولى أن يحبسهم فى غير بلدهم لتلحقهم الوحشة ، فان أخذوا المال ولم يقتلوا قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وان قتلوا ولم يأخذوا المال قتلهم ولم يصلبهم ، وان قتلوا وأخذوا المال قتلهم وصلبهم ، وان فعلوا شيئا من ذلك وهربوا اتبعهم الامام ، فان ظفر بهم أقام عليهم من الحدود ما وجب عليهم وان لم يظفر بهم اتبعهم حتى يخرجهم من بلاد الاسلام •

وحكى المسعودي أن أبا الطيب بن سلمة خرج قولا آخر أنهم اذا أخذوا المال وقتلوا فانهم يقطعون لأخذ المال ثم يقتلون للقتل ثم يصلبون للجميع بين ذلك • والمشهور هو الأول وبه قال ابن عباس وقتادة وأبو مجلز

---

(١) الآية ٣٤ من المائدة •

وحماد والليث وأحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفة : اذا أخافوا السبيل وجب عليهم التعزير كما قلنا اذا قتلوا وأخذوا المال وجب عليهم القتل : وان أخذوا المال ولم يقتلوا قطعوا كما قلنا ، وان قتلوا وأخذوا المال فالامام فيهم بالخيار بين أن يقتلهم ويصلبهم ويقطعهم أو يقطعهم ويصلبهم ويقتلهم والنفى عنده الحبس ، وقال مالك : اذا شهروا السلاح وأخافوا السبيل فقد لزمتهم هذه الأحكام المذكورة فى الآية الا أنها تختلف باختلاف أحوالهم فينظر الامام فيهم فمن كان منهم ذا رأى قتله ، ومن كان جلدا أو لا رأى له قطعه ومن لم يكن ذا رأى ولا جلد حبسه ، وقال ابن المسيب والحسن ومجاهد : اذا شهروا السلاح وأخافوا السبيل فالامام فيهم بالخيار بين أربعة أشياء بين أن يقتلهم أو يصلبهم أو يقطع أيديهم وأرجلهم أو يحبسهم . دليلنا أثر ابن عباس رضى الله عنهما الذى ساقه المصنف وعرجناه آنفا قال العمرانى : ولا يقول ابن عباس هذا الا توفيقا وان قاله تفسيرا للآية فهو ترجمان القرآن وأعرف بالتأويل ، ولأن العقوبات تختلف باختلاف الاجرام ولهذا اختلف فى حد الزنا فى البكر والثيب ، واختلف حد الزنا والقذف والشرب ، ولأن الله تعالى بدأ فى الآية بالأغلظ فالأغلظ وهذا يدل على أنها على الترتيب كما أنه بدأ بالأغلظ فالأغلظ فى كفارة الظهار لما كانت على الترتيب ــ ولما كانت كفارة اليمين على التخيير بدأ بالأخف فالأخف اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل **وان قتل ولم ياخذ المال انحتم قتله ولم يجز لولى الدم العفو عنه لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال : « نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم ان من قتل ولم يأخذ المال قتل » والحد لا يكون الا حتما ولأن ما أوجب عقوبة فى غير المحاربة تغلظت العقوبة فيه بالمحاربة كاخذ المال يغلظ بقطع الرجل . وان جرح جراحة توجب القود فهل يتحتم القود ؟ فيه قولان احدهما : انه يتحتم لان ما اوجب القود فى غير المحاربة انحتم القود فيه فى المحاربة كالقتل . والثانى : انه لا يتحتم لانه تغليظ لا يتبعض فى النفس فلم يجب فيما دون النفس كالكفارة .**

فصــــل **وان قتل واخذ المال قتل وصلب ومن اصحابنا من قال :**

يصلب حيا ويمنع الطعام والشراب حتى يموت ، وحكى ابو العباس ابن القاص فى التشخيص عن الشافعى ، رضى الله عنه قال : يصلب ثلاثا قبل القتل ولا يعرف هذا للشافعى ، والدليل على انه يصلب بعد القتل قوله صلى الله عليه وسلم : ((اذا قتلتم فاحسنوا القتلة)) وان كان الزمان بردا او معتدلا صلب بعد القتل ثلاثا ، وان كان الحر شديدا وخيف عليه التغير قبل الثلاث حنط وغسل وكفن وصلى عليه ، وقال ابو على ابن ابى هريرة رحمه الله : يصلب الى ان يسيل صديده وهذا خطأ لان فى ذلك تعطيل احكام الموتى من الغسل والتكفين والصلاة والدفن . وان مات فهل يصلب لا فيه وجهان احدهما : وهو قول الشيخ ابى حامد الاسفراينى رحمه الله انه لا يصلب لأن الصلب تابع للقتل وصفة له ، وقد سقط القتل فسقط الصلب ، والثانى وهو قول شيخنا القاضى ابى الطيب الطبرى رحمه الله انه يصلب لانهما حقان فاذا تعذر احدهما لم يسقط الآخر .

فصل وان وجب عليه الحد ولم يقع فى يد الامام طلب الى أن يقع فيقام عليه الحد لقوله عز وجل : ((او ينفوا من الأرض)) وقد روينا عن ابن عباس انه قال : ((ونفيهم اذا هربوا ان يطلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود)) .

الشرح قوله تعالى : « أو ينفوا من الأرض » هذا جزء من قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الحياة الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم . الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

وقد اختلف العلماء فى سبب نزول هذه الآية فمن قائل أنها نزلت بسبب قوم من أهل الكتاب كان بينهم وبين النبى صلى الله عليه وسلم عهد فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا فى الأرض وقوله بأنها نزلت فى المشركين فمن أخذ منهم قبل القدرة عليه لم يمنعه ذلك أن يقام عليه الحد الذى أصابه وهو قول ابن عباس وعكرمة والحسن ، وقول بأنها نزلت فيمن خرج من المسلمين يقطع السبيل ويسعى فى الأرض بالفساد وهو قول مالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى . وقال الواحدى من أصحابنا فى أسباب النزول : أخبرنا نصر بن عبيد الله المخلدى حدثنا أبو عمرو بن نجيد أخبرنا

مسلم حدثنا عبد الرحمن بن حماد حدثنا سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس : « أن رهطا من عكل وعرينة أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله انا كنا أهل ضرع ولم نكن أهل ريف فاستوخمنا المدينة فأمر لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذود وراع وأمرهم أن يخرجوا فيها فيشربوا من ألبانها وأبوالها فلما صحوا وكانوا بناحية الحرة قتلوا راعي رسول الله صلى الله عليه وسلم واستاقوا الذود فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في آثارهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم فتركوا في الحرة حتى ماتوا على حالهم • وقال قتادة : ذكر لنا أن هذه الآية نزلت فيهم وقرأ : انما جزاء الذين الآية » • رواه مسلم •

اما اللغات فالنفي التنحية وهو من باب ضرب ونصر نفاه ينفيه وينفوه فنفا هو وانتفى فهو يلزم ويتعدى والمعنى في الآية الطرد والابعاد أو الحبس •

اما الأحكام فحكم قطاع الطريق اذا أخذوا المال وقتلوا أو أخذوا المال ولم يقتلوا أو قتلوا ولم يأخذوا المال من المصر أو البلد حكمهم اذا فعلوا ذلك في الصحراء وبه قال الأوزاعي والليث وأبو ثور وأبو يوسف • وقال مالك : قطاع الطريق الذين تتعلق بهم هذه الأحكام هو أن يفعلوا ذلك على ثلاثة أميال من المصر فصاعدا فان فعلوا ذلك على أقل من ثلاثة أميال أو كانوا في المصر لم تتعلق بهم هذه الأحكام • وقال أبو حنيفة : لا تتعلق بهم هذه الأحكام الا اذا كانوا في البرية فأما اذا كانوا في مصر أو قرية أو بين قريتين متقاربتين فلا تتعلق بهم هذه الأحكام • دليلنا قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله »[1] الآية ولم يفرق بين أن يكون في الصحراء أو في المصر ، ولأنه اذا وجبت عليهم هذه الأحكام اذا فعلوا ذلك وهو موضع الخوف فلأن يجب عليهم اذا فعلوا ذلك في المصر وهو موضع الأمن أولى •

اذا ثبت هذا فانما تتعلق بهم هذه الأحكام في المصر اذا كان قوم

(١) الآية ٣٣ من سورة المائدة •

عددهم يسير فى قرية فاجتمع قوم من قطاع الطريق وشهروا السلاح وغلبوا أهل القرية ولم يتمكنوا من دفعهم ، فأخذوا منهم المال وقتلوا أو فعلوا أحدهما ، وكذلك اذا غلبوا على طريق من المصر ، فأما اذا استطاع أهل القرية منعهم فلم يمنعوهم فلا تتعلق بهم هذه الأحكام • قال المسعودى : وان اجتمع عدد يسير فى المواضع المتقطعة فأخذوا المال وقتلوا أو خرج الواحد والاثنان والثلاثة على آخر القافلة واستلبوا منهم شيئا أو اعترضوهم بغير سلاح لم يكن حكمهم حكم قطاع الطريق لأنهم غير ممتنعين ولا قاهرين لمن يقصدونه فهم كالمختلسين • قال القفال : والمكابرون فى الليل ــ وهو أن يهجم جماعة بالليل على بيت رجل بالمصابيح ويخوفونه بالقتل ان صاح أو استغاث ــ حكمهم حكم قطاع الطريق • وقال سائر أصحابنا ليسوا بقطاع الطريق لأنهم يرجعون الى الخفية ولا يجاهرون ، بل يبادرون مخافة أن يتشاعر الناس بهم وان خرج قطاع الطريق بالعصى والحجارة فهم محاربون ، وقال أبو حنيفة : ليسوا بمحاربين • دليلنا أن العصى والحجارة من جملة السلاح الذى يأتى على النفس فأشبه الحديد •

فــرع ولا يتعلق حكم قطع الطريق بأخذ المال الا اذا كان المأخوذ نصابا ، فأما بدون النصاب فلا يتعلق به حكم قطع الطريق ، وخرج أبو على بن خيران قولا آخر أنه لا يعتبر فيه النصاب كما لا يعتبر التكافؤ فى القتل فى المحاربة فى أحد القولين • والأول أصح لقوله صلى الله عليه وسلم : « القطع فى ربع دينار » ولم يفرق بين السرقة وبين قطع الطريق ، ولأنا لو لم نعتبر النصاب فى قطع الطريق لأوجبنا تغليظين قطع الرجل وسقوط اعتبار النصاب ، وهذا لا سبيل اليه ، ويعتبر فيه الحرز • فان أخذ المال من غير حرز بأن أخذ مالا مضيعا لم يتعلق به حكم قاطع الطريق ولكن لا يعتبر أن يأخذ المال فيه على وجه الاستخفاء ، بل اذا أخذ النصاب من حرز مثله بالقهر والغلبة مع استشهار السلاح واخافة السبيل يتعلق به حكم قاطع الطريق لأنه لا يمكن الاحتراز منه فوجب عليه القطع كالسارق • قال المسعودى : وسواء أخذ النصاب من مالك واحد أو ملاك ، فأما فى السرقة فاذا سرق ربع دينار من مالكين ــ فان كان من حرز واحد ــ قطع ،

وان كان من حرزين لم يقطع ، وسواء كان ربع الدينار الذى فى الحرزين ملك واحد أو ملك جماعة فانه لا يوجب القطع • ولو أخذ فى قطع الطريق ثلث دينار وكان معه رده وأخذ سدس دينار قطع الذى أخذ الثلث من دون الذى أخذ السدس • واذا قطع قاطع الطريق على الواحد أو الجماعة تعلق به حكم قطع الطريق اذا كان قاهرا لهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب ما ذكرناه من الحد الا على من باشر القتل او أخذ المال فأما من حضر ردءا لهم او عينا فلا يلزمه الحد لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان ، وزنا بعد احصان ، أو قتل نفس بغير حق » ويعزر لأنه اعان على معصية فعزر وان قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال وجب على من قتل القتل وعلى من اخذ المال القطع لأن كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاختص بحده •

فصل اذا قطع قاطع الطريق اليد اليسرى من رجل واخذ المال قدم قطع القصاص سواء تقدم على اخذ المال او تاخر ، لأن حق الآدمى آكد ، فاذا اندمل موضع القصاص قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى لأخذ المال ، ولا يوالى بينهما لأنهما عقوبتان مختلفتان فلا تجوز الموالاة بينهما ، وان قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى واخذ المال وقلنا : ان القصاص يتحتم نظرت — فان تقدم اخذ المال سقط القطع الواجب بسببه لأنه يجب تقديم القصاص عليه لتأكد حق الآدمى ، واذا قطع للآدمى زال ما تعلق الوجوب به لأخذ المال فسقط وان تقدمت الجناية لم يسقط الحد لأخذ المال فتقطع يده اليسرى ورجله اليمنى لأنه استحق بالجناية فيصير كمن اخذ المال وليس له يد يمنى ولا رجل يسرى فتعلق باليد اليسرى والرجل اليمنى •

الشرح الحديث مضى تخريجه فى الجنايات •

أما اللغات فقوله (ردءا) أى معينا وناصرا يشد عضده وردأته وأردأته على عدوه أعنته وترادأوا تعاونوا وتقول : ترادأوا ولا تدارأوا • وفى التنزيل « ردءا يصدقنى » •

أما الأحكام فانه لا يجب حد القطع الا على من باشر أخذ المـال والقتل أما من حضر فكثر وهيب وكان ردءا لهم أو طليعة فلا يجب عليـه قتل ولا قطع ، وانما يعزر ويحبس . وقال أبو حنيفة : يجب على المكثر والمهيب وهو الردء ما يجب على من أعانه من القطع والقتل . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس » وهذا لم يفعل أحـد هذه الأشياء الثلاثة فلم يجز قتله ، ولأنه حد يجب بارتكابه معصية فلم يجب على المعين كما لو شد رجل امرأة لآخر حتى زنى بها . وان كان فى قطـاع الطريق امرأة فأخذت المال أو قتلت وجب عليها حد قطاع الطريق . وقال أبو حنيفة : لا يجب عليها ولا على من كان ردءا لها . دليلنا أن من لزمه الحد فى السرقة لزمه حكم قطاع الطريق فى قطع الطريق كالرجل . وان كان قطاع الطريق جماعة وأخذوا المال اعتبر أن يكون قدر ما أخذ كل واحد منهم يبلغ نصابا فان كان فيهم صبى فانه يجب على شريكه فى أخذ المـال القطع اذا بلغ حصته نصابا ، وهل يجب على شريكه فى القتل ؟ فيه قولان بناء على القولين فى عمد الصبى هل هو عمد أو خطأ ؟

فـــرع واذا أخذ المحارب المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى من مفصل الكوع ورجله اليسرى من مفصل القدم لقوله تعالى : « أو تقطـع أيديهم وأرجلهم من خلاف » وهو قول ابن عباس ولا مخـالف له ، ولأن المحارب يساوى السارق فى أخذ المال على وجه لا يمكنه الاحتراز منـه فساواه فى قطع اليد وزاد عليه فى شهر السلاح واخافة السبيل فغلظ عليـه بقطع الرجل . واذا قطعت يده اليمنى فانها تحسم بالنـار ثم تقطع رجله اليسرى وتحسم بالنار فى مكان واحد لأنهما حد واحد ـ فان لم يكن له الا احداهما قطعت لا غير ، وان لم يكن له واحدة منهما قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى وقد فقد ما يتعلق به القطع ابتداء فانتقل الى ما بعدهما كما لو سرق ولا يمين له . فان أخذ المال وليس له الا كف يده اليمنى وقدم رجله اليسرى أو ليس على أحدهما أنملة من الأصابع هل يقطعان أو ينتقل الى اليد اليسرى والرجل اليمنى ؟ فيه وجهان كما قلنا فيه اذا سرق وليس له الا كف اليد اليمنى لا أنملة عليها .

فـــرع وان قتل المحارب ولم يأخذ المال وجب قتله قودا لولى المقتول ، وتحتم قتله لحق الله تعالى فلا يجوز للامام تركه ، فوجوب القتل عندنا لحق الآدمى وانحتامه حق لله تعالى . وقال بعضهم : لا يتحتم القتل بل ان شاء الولى قتل وان شاء عفا عنه كالقتل فى غير المحاربة . دليلنا قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الآية فعين القتل فمن قال : انه على التخيير خالف ظاهر الآية ، ولأن الله تعالى ذكر القتل ها هنا وأطلقه ولم يضفه الى ولى القتيل فلو كان ذلك الى اختيار ولى القتيـــل لأضافه اليه كما أضاف القتل اليه فى غير المحاربة بقوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا [1] » فعلم أن المخاطب بالقتل فى المحاربة هم الأئمة دون الأولياء ، فروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : (نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل ولم يأخذ المـــال قتل) والحد لا يكون الا حتما ولا مخالف له من الصحابة ولأن ما أوجب عقوبة فى غير المحاربة تغلظت العقوبة فيه بالمحاربة كأخذ المال ، وان قتل أحـــد المحاربة من لا يكافئه فهل يجب قتله به ؟ قولان مضى ذكرهما فى الجنـــايات الصحيح لا يجب . هـــذا نقـــل أصحابنا العـــراقيين . وقال أصـــحابنا الخراسانيون : هل القتل فى المحاربة حق للآدمى أو حق لله تعالى ؟ فيـــه قولان أحدهما بأنه حق لله تعالى لا حق للآدمى فيه ، اذ لو كان حقا للآدمى لسقط بعفوه . والثانى : أنه حق للآدمى لأن القصاص فى غير المحاربة حق للآدمى فلأن يكون له فى المحاربة أولى ، الا أن انحتام القتل وجب تغليظا عليه لقطع الطريق ولهذين القولين فوائد (منها) اذا قتل فى المحاربة من لا يكافئه ــ فان قلنا : انه حق لله تعالى ــ قتل به ، وان قلنا : انه حق للآدمى لم يقتل به . (الثانية) اذا قتل المحارب جماعة ــ فان قلنا : انه حق لله تعالى ــ قتل بجميعهم ولا شئ للأولياء ، لأن الحدود تتداخل . وان قلنا : ان القتل حق للآدمى قتل بأولهم ووجب للباقين الدية فى ماله . (الثالثة) اذا عفا ولى الدم عن القاتل ــ فان قلنا : ان القتل حق لله تعالى ــ كان كمـــا لو لم يعف فيقتل ولا شئ لولى المقتول ، وان قلنا : انه حق للآدمى سقط

---

(1) الآية ٣٣ من سورة الاسراء .

بعفوه ما كان حقا له وهو قتله قصاصا ، ووجب له الدية فى ماله الا أن المحارب يقتل لله تعالى كما لو كان عليه قصاص وقتل ردة وعفا ولى القصاص بذلك فانه يقتل للردة •

فــــرع وان قتل قاطع الطريق رجلا خطأ أو أخافه عمدا أو خطأ فانه لا يجب عليه القصاص بذلك قولا واحدا ، لأن هذه الجنايات لا يجب بها القصاص فى غير المحاربة فلم يجب بها فى المحاربة ، وان قطع يده من المفصل أو جرحه جراحة يثبت بها القصاص وجب عليه القصاص وهل يتحتم ؟ فيه قولان : أحدهما : يتحتم ، لأن ما أوجب العقوبة فى غير المحاربة يغلظ فى المحاربة يتحتم القود كالنفس • والثانى : لا يتحتم لأن الله تعالى ذكر حدود المحاربة ، وهى القتل وقطع اليد والرجل من خلاف والصلب ، فدل على أن ذلك جميع حدود المحاربة ، فلو كان انحتام القصاص فيما دون النفس من حدود المحاربة لذكره كما ذكر غيره • هذا نقل أصحابنا العراقيين وقال الخراسانيون : ان كانت الجناية فى المحاربة فيما دون النفس مما يجب حدا فى غير المحاربة فانحتم القول فيها بالمحاربة كالنفس • وان كانت الجناية فيما دون النفس لا تجب حدا فى غير المحاربة كالموضحة وقطع الأذن وما أشبههما فهل يتحتم القصاص بها فى المحاربة ؟ فيه وجهان ، لأن ذلك لا يجب حدا فى الشرع •

فــــرع اذا أخذ المحارب المال وقتل فقد ذكرنا أنه يقتل ويصلب ، وخرج أبو الطيب بن سلمة قولا آخر أنه تقطع يده ورجله ثم يقتل ثم يصلب • وحكى ابن القاص فى التلخيص عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال : يصلب قبل القتل ثلاثا ثم ينزل ويقتل • ومن أصحابنا من قال : لا يقتل بل يصلب حيا حتى يموت جوعا وعطشا ، لأن الصلب يراد للزجر ولا ينزجر بصلبه بعد موته • وقال أبو يوسف : يصلب حيا ثلاثا فان مات والا قتل وهو مصلوب والمذهب الأول وما حكاه ابن القاص لا يعرف للشافعى رحمه الله لأن كل معصية توجب عقوبة فى غير المحاربة غلظت تلك العقوبة فى المحاربة تغليظا واحدا كما قلنا فيه اذا أخذ المال ولم يقتل فانه تقطع يده ورجله ، فكذلك اذا أخذ المال وقتل فانه يغلظ بالقتل والصلب •

وقول أبى الطيب : انه يقطع ثم يقتل لا يصح لأن القتل يحصل به من النكال أكثر من القطع • وقول من قال : يصلب حيا حتى يموت باطل أيضا ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وهذا حيوان وقال صلى الله عليه وسلم : « اذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » وقوله : ان الصلب يراد لزجره غير صحيح ، انما يراد لزجر غيره وذلك يحصل بصلبه بعد موته •

اذا ثبت هذا فانه يصلب بعد موته قال الشافعى رضى الله عنه : فانه يصلب على خشبة ثلاثة أيام ثم ينزل ويغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين ، لأنه مسلم قتل بحق فهو كالمقتول فى القصاص • قال الماسرجسى انما نص الشافعى رحمه الله على صلبه ثلاثة أيام فى البلاد الباردة أو البلاد المعتدلة ، فأما فى البلاد الحارة فانه اذا خيف تغيره قبل الثلاث فانه يحنط ليمكن غسله وتكفينه • وقال أبو على ابن أبى هريرة : يصلب حتى يسيل صديده ولا يحنط أبدا : وليس بشىء لأن هـذا يؤدى الى ابطال وجوب غسله تكفينه ودفنه • هذا نقل أصحابنا العراقيين وقال الخراسانيون: يصلب ثلاثة وهل ينزل بعد الثلاث ان لم يسل صديده ؟ فيه قولان أحدهما : لا ينزل حتى يسيل لأن الصلب انما سمى صلبا لسيلان صلب المصلوب وهو الودك ، فما لم يتغير لا يذوب صديده • والثانى : ينزل بعد الثلاث لئلا يتغير فيتأذى به الناس ، فاذا قلنا بهذا فخيف تغيره قبل الثلاث فهل ينزل ، فيه وجهان أحدهما : لا ينزل لأن التنكيل لا يحصل بدون الثلاث حتى لا يتغير على الصليب فاذا خيف ذلك قبل الثلاث أنزل • وان مات قبل أن يقتل فهل يجب صلبه بعد موته ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحق أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد : أنه لا يصلب لأن الصلب صفة للقتل وتابع له وقد سقط القتل بالموت فسقط الصلب • والثانى وهو قول القاضى أبى الطيب : أنه يصلب بعد موته لأنهما حقان فاذا تعذر أحدهما وجب الآخر •

مسـألة اذا لزمه قتل فى المحاربة وقصاص فيما دون النفس فى غير المحاربة فان عفا من وجب له القصاص فيما دون النفس فى المحاربة

وقتل فى المحاربة فانه يقتص منه فيما دون النفس ، ويقتل فى غير المحاربة • وقال أبو حنيفة : يدخل الجرح فى القتل • دليلنا أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كما لو جنى فى غير المحاربة • وان قطع الرجل اليسرى واليد اليمنى فى غير المحاربة وأخذ المال فى المحاربة ولم يقتل فمن قطعت يده ورجله بالخيار بين أن يعفو عنه وبين أن يقتص ، فان عفا عنه قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى لأخذ المال فى المحاربة ، وان اختار القصاص قدم القصاص على القطع فى المحاربة سواء تقدم أخذ المال أو الجناية لأن حق الآدمى آكد ، فاذا اقتص منه لم يقطع للمحاربة حتى يبرأ من قطع القصاص لانهما حقان يجبان بستين مختلفتين •

وان قطع اليد اليسرى والرجل اليمنى من رجل فى المحاربة وأخذ المال فى المحاربة ولم يقتل ــ فان قلنا : ان القصاص فيما دون النفس لا يتحتم فى المحاربة وان عفا عن القصاص قطعت يده اليمى ورجله اليسرى لأخذ المال فى المحاربة وإن اختار القصاص ــ أو قلنا : انه يتحتم ــ قدم القطع فى القصاص لليد اليسرى والرجل اليمنى على القطع فى المحاربة ، سواء تقدمت الجناية أو أخذ المال ، لأن حق الآدمى آكد ولكن لا يقطع للمحاربة ، وان اختار القصاص قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى للقصاص وسقط القطع للمحاربة ، لأن العضو الذى تعلق به القطع قد فات ، فان قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى من رجل فى المحاربة وأخذ المال فى المحاربة ولم يقتل ــ فان قلنا : ان القصاص فيما دون النفس لا يتحتم فى المحاربة ــ فهو كما لو قطعها فى غير المحاربة ، وأخذ المال فى المحاربة ، ولم يقتل ــ فان قلنا : ان القصاص فيما دون النفس لا يتحتم فى المحاربة ، فهو كما لو قطعها فى غير المحاربة ، وقد مضى • وان قلنا يتحتم قطع يده اليمنى ورجله اليسرى للقصاص وسقط القطع للمحاربة ، لأن القصاص حق آدمى والقطع فى المحاربة حق لله تعالى فقدم حق الآدمى عليه • هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ • وذكر الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب أنه اذا قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى فى المحاربة ، وأخذ المال ولم يقتل ــ وقلنا : يتحتم القصاص فيما دون النفس فى المحاربة ــ نظرت فان تقدم أخذ

المال سقط قطع المحاربة لما مضى ، وان تقدمت الجناية لم يسقط القطع للمحاربة بل تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى ، لأن اليد اليمنى والرجل اليسرى استحقا بالجناية قبل أخذ المال فيصير كمن أخذ المال فى المحاربة وليس له يمين ولا رجل يسرى فتعلق قطع المحاربة فى اليد اليسرى والرجل اليمنى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان تاب قاطع الطريق بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله عز وجل : ((الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم)) فشرط فى العفو عنهم أن تكون التوبة قبل القدرة عليهم فدل على أنهم اذا تابوا بعد القدرة لم يسقط عنهم ، وان تاب قبل القدرة عليه سقط عنه ما يختص بالمحاربة وهو انحتام القتل والصلب وقطع الرجل للآية ، وهل يسقط قطع اليد ؟ فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة انه يسقط لأنه قطع عضو وجب بأخذ المال فى المحاربة فسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع الرجل (والثانى) وهو قول أبى اسحق انه لا يسقط لأنه قطع يد لأخذ المال فلم يسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع السرقة .

فصــــل فاما الحد الذى لا يختص بالمحاربة ينظر فيه . فان كان للآدمى وهو حد القذف ــ لم يسقط بالتوبة لأنه حق للآدمى فلم يسقط بالتوبة كالقصاص ، وان كان لله عز وجل وهو حد الزنا واللواط والسرقة وشرب الخمر . ففيه قولان (احدهما) انه لا يسقط بالتوبة لأنه حد لا يختص بالمحاربة فلم يسقط بالتوبة كحد القذف (والثانى) انه يسقط وهو الصحيح والدليل عليه قوله عز وجل فى الزنا : ((فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيما)) وقوله تعالى فى السرقة : ((فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم)) وقوله صلى الله عليه وسلم : ((التوبة تجب ما قبلها)) ولأنه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبة كحد قاطع الطريق ، فان قلنا : انها تسقط نظرت فان كانت وجبت فى غير المحاربة لم تسقط بالتوبة حتى يقترن بها الاصلاح فى زمان يوثق بتوبته لقوله تعالى : ((فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما)) ولقوله تعالى : ((فمن تاب من بعد ظلمه واصلح فان الله يتوب عليه)) فعلق العفو بالتوبة والاصلاح ولأنه قد يظهر التوبة للتقية فلا يعلم صحتها حتى يقترن بها الاصلاح فى زمان يوثق فيه

بتوبته ، وان وجبت عليه الحدود فى المحاربة سقطت باظهار التوبة والدخول فى الطاعة ، لانه خارج من يد الامام ممتنع عليه ، فاذا اظهر التوبة لم تحمل توبته على التقية .

الشرح قد مضى فى أول الباب قول مالك والشافعى بأن الآية « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسـوله » [1] الخ نزلت فيمن خرج من المسلمين يقطع السبيل ويسعى فى الأرض بالفساد وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر قال أبو ثور : والدليل على أن هذه الآية نزلت فى غير أهل الشرك قوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » وقد أجمعوا على أن أهل الشرك اذا وقعوا فى أيدينا فأسلموا أن دماءهم تحرم فدل ذلك على أن هذه الآية نزلت فى أهل الاسلام وحكى ابن جرير أن بعض أهل العلم يرى أن هـذه الآية نسخت فعـل النبى صلى الله عليه وسلم فى العربيين فوقف الأمر على هذه الحدود ، وروى محمـد بن سيرين قال : كان هـذا قبل أن تنزل الحـدود قال القرطبى : يعنى حديث أنس ذكره أبو داود ، وقال قوم منهم الليث بن سعد : ما فعله النبى صلى الله عليه وسلم بوفد عرينـه نسخ اذ لا يجوز التمثيل بالمرتد . قال أبو الزناد : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع الذين سرقوا لقاحه وسمل أعينهم بالنار عاتبه الله عز وجل فى ذلك فأنزل تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسـعون فى الأرض فسـادا » الآية أخرجه أبو داود قال أبو الزناد : فلما وعظ ونهى عن المثلة لم يعد ، وحكى عن جماعة أن هـذه الآية ليست بناسخة لذلك الفعل ، لا سيما وقد ثبت فى صحيح مسلم وسنن النسائى وغيرهما قال : انما سمل النبى صلى الله عليه وسلم أعين أولئك لأنهم سلموا أعين الرعاة فكان هذا قصاصا وهذه الآية فى المحارب المؤمن . قال القرطبى : وهذا قول حسن ، وهو معنى ما ذهب اليه مالك والشافعى ، ولذلك قال الله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » ومعلوم أن الكفار لا تختلف أحكامهم فى زوال العقوبة عنهم بالتوبة بعد القدرة كما تسقط قبل القدرة ، والمرتد يستحق القتل بنفس الردة ــ دون المحاربة ــ ولا ينفى ولا تقطع يده ولا رجله ولا يخلى سبيله بل يقتل ان لم يسلم ،

---

(١) الآية ٣٣ من سورة المائدة .

ولا يصلب أيضا • فدل على أن ما اشتملت عليه الآية ما عنى به المرتد ، وقال تعالى فى حق الكفار : « قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » وقال فى المحاربين « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » وهذا بين • وعلى هذا فلا اشكال ولا لوم ولا عتاب اذ هو مقتضى الكتاب قال تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فمثلوا فمثل بهم • أما الآيتان الأخريان فقد مضى الكلام عليهما فى حد الزنى وفى حد السرقة ، وقال القسطلانى عن صاحب فتوح الغيب عما سبق من التخيير بأنه غير ممكن لأن الجزاء على حسب الجناية ويزاد بزيادتها وينقص بنقصانها • قال تعالى : « وجزاء سيئة سيئة مثلها » فيبعد أن يقال عند غلظ الجناية يعاقب بأخف الأنواع وعند خفتها بأغلظها وذلك أن المحاربة تتفاوت أنواعها فى أجزية متفاوتة فى معنى التشديد والغلظة فوقع الاستغناء بتلك المقدمة عن بيان تقسيم الأجزية على أنواع الجناية نصا وهذا التقسيم يرجع الى أصل عندهم وهو أن الجملة اذا قوبلت بالجملة ينقسم البعض على البعض •

اما اللغات فان الصلب السيلان من الصديد والودك قال الشاعر :

جريمة ناهض فى رأس نيق ترى لعظام ما جمعت صليبا

ثم أطلق على المقتول الذى يربط على خشبة حتى يسيل صليبه : صليب ومصلوب وسمى الفعل صلبا ، وأصل التوبة الرجوع والجب القطع وقيل لمقطوع الذكر مجبوب هكذا أفاده ابن بطال الركبى •

اما الأحكام فانه اذا تاب قاطع الطريق نظرت ــ فان تاب بعد قدرة الامام عليه ــ لم يسقط عنه شىء مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » فشرط فى الغفران وفى سقوط أحكام المحاربة عنهم أن تكون التوبة قبل القدرة عليهم ، فدل على أنها اذا كانت بعد القدرة عليهم لم يؤثر ذلك ، ولأن المحارب اذا وقع فى قبضة الامام وجب عليه اقامة الحد عليه ، فاذا تاب فى هذه الحال فالظاهر أنه تاب للتقية من اقامة الحد عليه فلم

يسقط وأما اذا تاب قبل القدرة عليه فانه تسقط عنه الحدود التي يختص وجوبها بالمحاربة قولا واحدا وهي قطع الرجل وانحتام القتل عليه والصلب لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » ولا تسقط حقوق الآدميين وهو حد القذف وضمان المال والقصاص بالتوبة بحال سواء كان محاربا أو غير محارب ، وأما الحدود التي تجب لحق الله تعالى ولا يختص وجوبها بالمحاربة كحد الزنا واللواط وحد الخمر والسرقة فهل يسقط بالتوبة عن المحارب وغير المحارب ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يسقط بالتوبة وبه قال أبو حنيفة لقوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ولم يفرق بين أن يتوب وبين ألا يتوب وكذلك السارق وشارب الخمر لأن هذه حدود لا تختص بالمحاربة فلم تسقط بالتوبة كحد القذف (والثاني) تسقط بالتوبة لقوله تعالى : « الا الذين تابوا » الآية فأخبر أن المحارب اذا تاب قبل القدرة عليه غفر له جميع ما كان منه ، وقال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ـ الى قوله ـ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم » فأخبر بأنه يغفر له اذا تاب وأصلح ، وقال في الزنا : « فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما » الآية ، وفي الحديث (التوبة تجب ما قبلها) وقد مضى في غير موضع ، وقد ثبت أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « اني أصبت حدا فأقمه علي فقال : أليس توضأت فصليت ؟ فقال : بلى فقال « لا حد عليك » والظاهر أنه انما سقط عنه الحد بصلاح العمل ، ولأنه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبة كالحد الذي يختص بالمحاربة • فان قلنا بهذا فان كانت هذه الحدود وجبت عليه في حال المحاربة سقطت عنه بالتوبة ولا يشترط عليه في سقوط الحد مع التوبة اصلاح العمل ، والفرق بينهما أن المحارب مظهر للمعاصي ، فاذا تاب فالظاهر من حاله أنه تاب تقية ، فلم يحكم بصحة توبته حتى يقترن بها اصلاح العمل ، ويشترط اصلاحه للعمل مدة تؤثر بتوبته فيها ، وانما قطع اليد لأخذ المال في المحاربة فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق : لا يختص بالمحاربة لأنه يجب لأخذ نصاب فهو كالقطع في السرقة ، وقال أبو علي ابن أبي هريرة وأبو علي الطبري يختص بالمحاربة لقوله تعالى :

« انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الآية • فعلق قطع اليد والرجل معا بالمحاربة فدل على أنهما يختصان معا بالمحاربة ولأنه يجب لأخذ المال مجاهدة والقطع فى السرقة يجب لأخذ المال من حرزه على وجه الاستخفاء فكانا مختلفين ، فعلى قول أبى اسحاق اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه هل يسقط عنه قطع اليد ؟ على القولين ، وعلى قول أبى على يسقط بالتوبة قبل القدرة عليه قولا واحدا • هذا قول أصحابنا العراقيين ، وقال المسعودى : اذا تاب قاطع الطريق قبل الظفر به فالصحيح أن ما كان حقا لله تعالى مثل القطع ونحوه فانه يسقط ، وما كان حقا للآدمى كانحتام القصاص لا يسقط ، وقيل : يسقط القصاص أيضا وليس بشىء •

وان تاب بعد الظفر به ففيه قولان : (أحدهما) حكمه حكم ما لو مات قبل الظفر ، لأن ما يسقط بتوبة أو غيرها فلا فرق قبل الظفر به أو بعد الظفر به كسقوط قطع السرقة الواجب بالاقرار وعكسه القصاص (والثانى) لا يسقط لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » قال : وعلى هذا خرج أصحابنا وجهين فى حد الزنا والشرب هل يسقط بالتوبة ؟ والله تعالى أعلم •

شدة العقاب

شرع الله تعالى الحدود فراعى فيها شدة العقاب ، فقطع اليد فى السرقة عقوبة غليظة تقشعر لها القلوب ، وقد اتخذ مرضى القلوب والعقول من غلظتها سبيلا لردها ، ورجم الزانى أغلظ عقوبة انسانية ، وكذلك القتل والتصليب فى حد قطع الطريق ، والقتل فى الردة • واذا انتقلنا الى الجلد نجده فى ذاته شديدا ، وقد توقع النص القرآنى أن تثار الرأفة ودواعيها فى الذين يشاهدون العقاب ولذا قال تعالى : (ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) •

ولماذا كانت عقوبات الحدود شديدة لا تقبل الهوادة ، خصوصا أنها

مقدرة تقديرا لا يقبل النقص ولا الزيادة الا اذا صحبت ذلك جريمة آخرى .

وقد ذكر القرآن فى بعض الحدود حكمة ذلك ، وهو المنع والزجر فهى زاجرة للمرتكب ومانعة لغيره ، وقد ذكر سبحانه الحكمة فى أغلظ العقوبات مظهرا ، فقال تعالى : (السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ، والله عزيز حكيم) والنكال معناه المنع ، فكانت العقوبة منعا للغير من الارتكاب وقد جاء فى مفردات الراغب الأصفهانى فى تفسير معنى كلمة نكال : (يقال : نكل عن الشيء ضعف وعجز ، ونكلته قيدته ، والنكل قيد الدابة ، وحديدة اللجام لكونهما مانعين ، والجمع الأنكال قال تعالى : (ان لدينا أنكالا وجحيما) ونكلب به اذا فعلت ما ينكل به غيره أى يمنع غيره من أن يفعل فعله قال تعالى : (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها) وقال سبحانه (جزاء بما كسبا نكالا من الله) .

وان التحليل القوى يفيد أن معنى قوله تعالى : (جزاء بما كسبا نكالا من الله) أن هذا العقاب فيه جزاء كفاء للجريمة ، وفيه منع لغير المرتكب عن أن يرتكب ولنقف قليلا فى شرح هذين المعنيين ، وانهما لمتحققان فى كل حد من حدود الله تعالى التى أقامها منعا للفساد ، وجاء التقدير بنص قرآنى نازل من عند الله أو بحديث نبوى بوحى من الله (وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى علمه شديد القوى ذو مرة فاستوى) .

وان المنع عن ارتكاب مثل هذه الجريمة بتلك العقوبة الشديدة أو بعبارة عامة المنع من ارتكاب جرائم الحدود بعقوباتها القوية متحقق فى الحدود جميعا .

ان هذه الجرائم الخطيرة تفسد المجتمع ، فالسرقة فيها ضياع للمال ، وهو عصب النظام الاجتماعى وفيها ضياع مصلحة قرر الاسلام حفظها ، واعتبرها أصلا من أصول الشرع ، والردة فيها اعتداء على الدين الذى هو قوام الحياة الانسانية وبه يتحقق المعنى الانسانى الكامل ، والزنا فيه اعتداء على النسل وترك أمر الزنا فرطا يؤدى الى اضعاف النسل عددا وسلامة وخلقا وائتلافا مع الجماعة .

وترك الناس يفسدون عقولهم بالخمر يؤدى الى اضعاف قوى الانتاج فى الأمة ، ويجعل طائفة منها كلا على غيرها ، ومصدر ايذاء لها واعتداء على الجماعة فيها •

أما قطع الطريق فانه خروج على كل نظام ، واستباحة للحرمات ، وتوهين بشأن الدولة ، وبذلك يكون الآمنون تحت سيطرة المفسدين ، فيفسد كل نظام وتضطرب الأمور ، وتنحل الوحدة الجامعة •

فكان لابد من حماية المجتمع من كل هذه الشرور موضع تلك العقوبة الزاجرة للمرتكبين ، والمانعة من اثم الآثمين •

وكلما اشتد العقاب قوى المنـع ، فاذا رأى الذين عنـدهم استعداد السرقة يدا مقطوعة ترددوا فى ارتكاب الجريمة ، وأرهبهم العقاب ، وجانبهم الارتكاب ويؤدى التردد الى الامتناع المطلق ، ومن رأى زانيا يجلد والناس شهود وحلقة العقاب قائمة لابد أن يخشى وقوعه تحت طائلة هذا العقاب العتيد ، المحضر المهيأ له ولأمثـاله ، فلا يكون منه الفعـل اذا كان ممن ارتكنت نفسه فى الجرائم فلا منجاة له منها •

وكذلك أولئك الزنادقة الذين يتخذون الأديان هزوا ولعبـا اذا رأوا زنديقا يؤخذ من ناصيته ، ويزج به فى غيـابات السجون أو يتوب توبة تنقذه ، فانهم يترددون فى الاسترسال فى طريقتهم للعبث بالأديان والسعى بين الناس بالضلال والاضلال ، ولقد ذكرنا أن الفقهـاء أجمعوا على أن الزنادقة الذين اشتهروا بالزندقة وافساد عقائد الناس لا يستتابون حتى لا يمكنوا من فرصة الافساد •

جرائم الحدود ثلاثة اقسام

(القسم الأول) علنى فيه تحد للنظام وانتقاض عليه ولذلك سمـوا محاربين لله ولرسوله ، أى للنظام الذى قرره الشرع والاسلام فى القرآن الكريم وفى الحديث النبوى الشريف •

هؤلاء الذين يتحدون النظام العـام يجب أن يؤخذوا من نواصيهم ليحملوا حملا على النظام ، وكل تهاون معهم افساد لقانون الرحمة ، لأن الرحمة الاسلامية كما نوهنا عنها فى مقدمة أبحاثنا هى الرحمة بالمجموع ، لا الرحمة بالآحاد ، فان ما يسمى رحمة بالنسبة للآثمين المفسدين هو القسوة على الجماعة ، ورحمة الكثرة من الجماعات أولى بالاعتبار ، وهى الجديرة بأن ترحم ، ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم (من لا يرحم لا يرحم) رواه أحمـد والشيخان وأبو داود والترمذى عن أبى هريرة والبخـارى ومسلم عن جرير بن عبد الله البجلى .

وان منع هؤلاء من ارتكاب جرائمهم القاسية هو الحكمة وهو الرحمة العامة ولو كان المنع بارتكاب أشد العقاب .

(والقسم الثانى) علنى وليس فيه تحد للنظام ولكن فيه افساد للمظهر العام للمجتمع الاسلامى ، وفى ظهوره افسـاد للدين والأخلاق ، فأولئك الذين يقذفون المحصنات ويحرضون على الفسق ويعملون على أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا ، وقد شرحنا ذلك عند الكلام فى حد القـذف والنصوص الواردة فيه ، وان منعهم تطهير للمجتمع من عنـاصر الشر ، ووضع حجزات مانعة من أن يسترسلوا فى شرهم : ويهيموا فى غيهم ، وذلك المنع لا يكون الا بحد القذف الزاجر المانع ، الذى هو نكال مانع للفسـاد والافساد والتعدى على سمعة المحصنات المؤمنات الغافلات .

ومثل هذا شرب المسكر ، والسير فى الطرقات تنبعث من فم الشارب مع رائحة الخمر ألفاظ تخدش الحياء والأخلاق ، وتجرح الصدور ، وتجرح الآذان بالألفاظ الجارحة .

(والقسم الثالث) من جرائم الحدود ، جرائم تقع فى سر ، ولا تقع فى علن فالسرقة لا تقع الا فى الخفاء والزنا لا يكون الا فى كن من الظـلام وان ضبط المرتكبين لهذه الأنواع من الجرائم ليس أمرا هينا لينا ، بل انهـا ليس من السهل كشفها ومعرفتها ، وان جرائم السرقات التى تكشف لا تعد

شيئا مذكورا بجوار الجرائم التى تقع ، ومثل ذلك الزنا ، فان ما يعرف منه بالاقرار أو البينة لا يعد الا قليلا ضئيلا جدا بالنسبة لما يرتكب منه وراء الأستار وفى الظلمات •

ومن المقرر نفسيا واجتماعيا بالاستقراء والتتبع أن الجرائم التى تخفى اذا ظهرت وجب تشديد العقاب لها ، لأن الذى يضبط فيها يكون قد ارتكب الكثير منها ، فيكون العقاب كفاء لما ارتكب فى الظلام ، وليس كفاء لما ضبط به ، لأن ما ضبط به قليل بالنسبة لما ارتكب ، وتصوروا أن زانيا يزنى فيراه أربعة عيانا ، أليس هذا دليلا على أنه أكثر من الارتكاب ، حتى وصل الى التبجح به ، والانتقال من طبيعته السرية الى حيث الكشف والاعلان وبذلك يكون العقاب على الاستمرار على غيه ، وعلنيته فسادا وانه للذى ارتكبه كثير بالنسبة لما ينزل به من عقاب •

ولقد قرر العلماء أن الجرائم الخفية لتشديد العقاب فيها فائدة نفسية فانه كلما كان العقاب شديدا كان الاضطراب النفسى عند الارتكاب أشد • اذ يستحضر المرتكب أو الذى بصدد الارتكاب فى نفسه صورة العقاب فيتردد فى الارتكاب ، وقد يمتنع فينجو ، وتنجو فريسته ، وقد يرتكب مع هذا الاضطراب فيسهل ضبطه •

وقد تكون صورة العقاب دافعة له لأن يحاول النجاة فيرتكب جريمة أخرى فيضبط بالجريمتين ، وكم جرائم تقع فى سبيل تلك الجرائم الخفية ، فالزانى يقتل زوج المزنى بها ، أو يقتل أخاها أو جيرانها فى سبيل بقاء جريمته فى طى الكتمان أو فى سبيل تحقيقها ، فاذا شدد العقاب خاف من ويلاته ، واضطرب عند ارتكابه ، أو ارتكب جرائم أخرى لتسهيل الارتكاب أو ازالة ما يكون فى سبيله من معوقات •

وقد ذكر النص الكريم فى آية حد السرقة سببين للتشديد فى عقوبة السرقة وهما : ان العقوبة جزاء ، وثانيهما : أنها نكال • وقد فصلنا معنى النكال ، وبقى أن نشير اشارة موجزة موضحة لمعنى الجزاء ، وان كنا قد تعرضنا له من قبل فى بيان الغايات من الحدود ، والثمرات التى تترتب عليها•

ان الجزاء معناه أن العقوبة مكافئة للجريمة ، وأنها مساوية لها ، وأنها تلاقية مع آثارها ، وان لم تكن متلاقية مع ذاتها ، ومتساوية فى الكم ومع كل سبب من أسباب العقوبة ، فالعقوبة ليست متساوية فى ذات الشيء المسروق ، ولا متساوية فى كل الأحوال مع الأضرار التى تنزل بالمسروق ، ولكنها مساوية للآثار المترتبة على الجريمة ، وقد أشرنا الى آثار السرقة من ذعر عام يجعل الناس يكثرون من الحراس والمغالق ، ومع ذلك ينامون غير مطمئنين فى سربهم ودورهم ، بل هم فى فزع دائم وبلبال مستمر ، وان ظهور لص قوى جرىء فى منطقة يجعل أهلها غير مطمئنين على مزارعهم ومواشيهم وأولادهم ، فهم يتوقعون كل شىء ، يتوقعون ضياع الأموال ، وخطف الأولاد ، فاذا قطعت يد ذلك المفزع فهى جزاء لما ارتكب .

وكذلك الأمر فى الزنا اذا تفشى فى جماعة انهار فيها كل قائم ، وانهدم كل مقوم من مقومات الأخلاق ، وما فشت هذه الجريمة فى أمة الا كتب الله عليها الفناء فى كيانها ، والضياع فى أسرها والانحلال فى أخلاقها ، وصارت قوما بورا ، ولذلك أنه ورد فى بعض الآثار انه ما فشى الزنا فى قوم الا ضرب الله عليهم الهوان والذل ، وأى ذل أقوى من ذلك الانحلال القومى ، وأن يصير كل امرىء عبدا لأهوائه وشهواته ، ولقد رأينا دولا تدكدك صرح قوميتها لشيوع تلك الجريمة فيها اذ جعلتهم كالقردة والخنازير .

ويتبع الزنا القذف والشرب ، فالأول يسهل الفاحشة ، والثانى مع أنه يذهب بالقوة يسهل كل جريمة .

وأما جريمة الحرابة فكل عقوبة لها دونها ، والذين يذهب بهم فرط شفقتهم على الآثمين الى استكثار الصلب ، عليهم أن يفكروا فى الذين ذهبوا فرائس لهذه الجريمة من الأبرياء ، وعليهم أن يعطفوا على البرآء بدل أن يشفقوا على الآثمين ويعلموا أن حماية الآثمين تشجع على الاثم ، والعطف على الأبرياء فيه قطع لدابر الآثام والجرائم .

وهناك مقصد أسمى من كل ما سبق ، هو حماية الفضيلة الانسـانية والأخلاق ، ان الاسلام ككل الأديان جاء لايجاد مجتمع فاضل تختفى فيـه الرذائل ، وتظهر فيه الفضائل ، ولا يمكن أن تختفى الرذائل الا اذا كان ثمة زواجر اجتماعية تحمى المجتمع وتنقى جوهره الطاهر من المآثم .

ان الاسلام لم يكن دينا نظريا يتجه الى النـاحية السلبية ، بل هو دين وعمل وتنظيم ، يتجه الى الناحية الايجابية فى كل شىء فلا يكتفى المؤمن فى الاسلام بأن يقول انى لا أفعل الشر وأسعى الى الخير وحسبى ذلك ، بل أن تقول للمؤمن تجنب الشر وافعل الخير وأضع الشرور من أن تعم المجتمع وتطفو على سطحه ، والا كنت مسئولا عن غيرك ان لم تمنعه من الوقوع فى الآثام ، وحث الآحاد على التواصى على الحق والصبر ، وأقام الدولة لتردع العاصى بقوة السلطان وقد ورد فى الأثر عن عثمان رضى الله عنـه (يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن) فليس القرآن هو الذى يمنع نفوس الأشرار من غوايتهم ، ولكنه يهدى الضال ويرشد السائر . قال تعالى (فمن اهتدى فانما يهتدى لنفسه ، ومن ضل فانما يضل عليها) ولهذا المعنى العملى فى فضيلة الاسلام كانت لها فى أحكامه حمايتان :

(احداهما) دنيوية باقامة الحدود وسن العقوبات التعزيرية لمن ينحرف عن الجادة والسبيل المستقيم ، وتلك هى حدود الله ، وكانت شدتها على مقدار شدة المنتهك لحمى الفضائل ، فمن هتك الأمراض وكشف ستره وظهر أمره كان عقابه بمقدار ذلك الظهور ، وبمقـدار قوة الرذيلة فى نفسـه واحاطتها بقلبه ، ومن استتر فهو فى ستر الله فى الدنيا .

والحماية الثانية : هى العقوبة الأخروية ، وكل امرىء بما كسب رهين ، والله بكل شىء عليم ، فان نجا من العقاب فى الدنيا لاستطاعته الفرار منه ناله عقاب الآخرة .

وان الذين يهولون من شأن عقوبات الحدود هم الذين يسهلون هـذه الجرائم لأنهم يعتبرون ذلك من الحرية الشخصية ، واذا سهل الزنا سـهل القذف به .

واذا كانت الجريمة تسير مرفوعة الرأس فان القذف يكون أمرا هينـا سائغا مقبولا ، ألم تر الصحف الماجنة تذكر العلاقات غير المشروعة بين الرجل والمرأة على أنها أمر ليس فيه نكر ، بل أحيانا على أنه أمر مستحسن ، وألم تر الى الصحف تذكر شرب الخمر على أنه لا جريمـة فيـه ، وهى أم الخبـائث ، وما من شر الا سهلت ارتكابه ، وهكذا صار النـاس وراء شهواتهم ، فاستصعبوا العقاب الزاجر ، واستباحوا فى مجالسهم وأنديتهم تذاكر الفجور حتى لقد وجدنا تلك الصحف تستكثر على الدولة أن تحمى العذارى والأزواج من سماع كلمات الفجور ، وطلبوا الغاء شرطة الآداب لأنها ترتكب أمرا ادا بتضييقها على العشاق ، والذين يرتكبون المعصـية جهارا نهارا ، بل ان الاستهانة بالفضيلة وصلت الى دور القضاء ، فوجدنا بعض الشبان من رجال النيابة لا يجدون أمرا مستنكرا فى العرف والقانون تبادل القبلات الآثمة بين العاشقين فى الطرقات ، ومن رحمـة من ربك أن وقف فى طريق ذلك التيار المنحرف رئيس النيـابة التى يتبعهـا أولئك الشـبان وأخذهم من نواصـيهم وحملهم على نصرة الحق والخلق ، بل القانون اذ يعتبر ذلك أمرا فاضحا .

فاذا كان الذين يهولون فى عقاب الحدود هم الذين يستبيحون اعلان المنكر من الأفعال فان هذا يكون دليلا على أنه وان كان شديدا حق لا ريب فيه ، وفيه صلاح وعلاج للفساد ، والله تعالى يتولى خلقه بحكمه العـادل الذى (لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد الخمر

الشرح الخمر محرم والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع والخمر المجمع على تحريمه هو عصير العنب اذا اشتد وقذف بالزبد .

أما الكتاب فقوله تعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم

كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما » فأخبر أن فيهما منفعة واثما ، والاثم أكبر من المنفعة وقوله تعالى : « انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام ـ الى قوله ـ فهل أنتم منتهون » وفى هاتين الآيتين سبعة أدلة ١ ـ أن الله تعالى قرن بين الخمر والميسر والأنصاب والأزلام وقدمه عليها ، وهذه الأشياء كلها محرمة فدل على تحريم الخمر • ٢ ـ أن الله تعالى سماها رجسا والرجس اسم للشىء النجس وكل نجس حرام • ٣ ـ قوله تعالى : (من عمل الشيطان) وما كان من عمل الشيطان فهو محرم • ٤ ـ قوله تعالى : (فاجتنبوه) ولا يأمر الا باجتناب محرم • ٥ ـ قوله تعالى : (لعلكم تفلحون) وضد الفلاح الفساد • ٦ ـ قوله تعالى : (ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة) وما صد عن ذلك فهو محرم • ٧ ـ قوله تعالى : (فهل أنتم منتهون) وهذا أبلغ كلمة فى الزجر عن الشىء ، ويدل على تحريمه من الكتاب أيضا قوله تعالى : (انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والاثم والبغى) والاثم هو الخمر قال الشاعر :

شربت الاثم حتى زال عقلى　　كذلك الاثم يذهب بالعقول

وقد استفاضت السنة بأدلة التحريم وكذلك الآثار روى النسائى عن عثمان رضى الله عنه قال : « اجتنبوا الخمر فانها أم الخبائث انه كان رجل ممن كان قبلكم تعبد فعلقته امرأة غوية فأرسلت اليه جاريتها فقالت له : انا ندعوك للشهادة فانطلق مع جاريتها فطفقت كلما دخل بابا أغلقته دونه حتى أفضى الى امرأة رضيئة عندها غلام وباطية خمر فقالت : انى والله ما دعوتك للشهادة ولكن دعوتك لتقع على أو تشرب من هذه الخمر كأسا أو تقتل هذا الغلام قال : فاسقنى من هذه الخمر كأسا فسقته كأسا قال : زيدونى فلم يرم ـ أى يبرح ـ حتى وقع عليها وقتل النفس ، فاجتنبوا الخمر فانها والله لا يجتمع الايمان وادمان الخمر الا ليوشك أن يخرج أحدهما صاحبه » وذكره ابن عبد البر فى الاستيعاب • روى مسلم عن ابن عباس : « أن رجلا أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل علمت أن الله حرمها ؟ قال : لا قال : فسار رجلا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : بم ساررته ؟

قال أمرته ببيعها فقال : ان الذى حرم شربها حرم بيعها قال : ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها » ٠

وكان قيس بن عاصم المنقرى شرابا لها فى الجاهلية ثم حرمها على نفسه ، وكان سبب ذلك أنه غمز عكنة ابنته وهو ثمل وسب أبويه ورأى القمر فتكلم بشىء وأعطى الخمار كثيرا من ماله فلما أفاق أخبر بذلك فحرمها على نفسه وفيها يقول :

رأيت الخمر صالحة وفيها خصال تفسد الرجل الحليما
فلا والله أشربها صحيحا ولا أشفى بها أبدا سقيما
ولا أعطى بها ثمنا حياتى ولا أدعو بها الأمر العظيما

قال ابن عبد البر فى الاستيعاب : وروى ابن الأعرابى عن المفضل الضبى أن هذه الأبيات لأبى محجن الثقفى قالها فى تركه الخمر وهو القائل رضى الله عنه :

اذا مت فادفنى الى جنب كرمة تروى عظامى بعد موتى عروقها
ولا تدفننى بالفلاة فاننى أخاف اذا ما مت أن لا أذوقها

وجلده عمر الحد عليها مرارا ونفاه الى جزيرة فى البحر فلحق بسعد بن أبى وقاص فى القادسية فكتب اليه عمر أن يحبسه فحبسه ، وكان أحد الشجعان البهم ٠ فلما كان من أمره فى حرب القادسية من نصر الله للمسلمين على الفرس على يديه حيث كان لا يتوجه الى جهة من جهات العدو الا هزمها حتى اختلت صفوف الفرس فكر عليهم المسلمون وانتصروا عليهم بفضل أبى محجن ، فقد أمر سعد أن لا يقيد وقال : لا نجلدك على الخمر أبدا قال أبو محجن : وأنا والله لا أشربها أبدا ، فلم يشربها بعد ذلك وفى رواية قد كنت أشربها اذ يقام على الحد وأطهر منها وأما اذا بهرجتنى فوالله لا أشربها أبدا وذكر الهيثم بن عدى أنه أخبره من رأى قبر أبى محجن بأذربيجان أو قال : فى نواحى جرجان وقد نبتت عليها ثلاث أصول كرم ،

وقد طالت وأثمرت وهى معروشة على قبره ، ومكتوب على القبر : هــذا قبر أبى محجن • قال : فجعلت أتعجب وأذكر قوله : اذا مت فادفنى الى جنب كرمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(كل شراب اسكر كثيره حرم قليله وكثيره والدليل عليه قوله تعــالى : ((انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشــيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون)) واسم الخمر يقع على كل مسكر والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه (أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : كل مسكر خمر وكل خمر حرام) وروى النعمان بن بشير رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : (ان من التمر لخمرا وان من البر لخمرا وان من الشعير لخمرا وان من العسل خمرا) وروى سعد رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليــه وسلم قال : (انهاكم عن قليل ما اسكر كثيره) وروت ام المؤمنين عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . (ما اسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام) •

الشرح قوله تعالى : (انما الخمر) الآية كانت الخمر لم تحرم بعد وانما نزل تحريمها سنة ثلاث بعد وقعة أحد وكانت وقعة أحد فى شوال سنة ثلاث وقد تدرج تحريمها على ما مضى فى كتاب الصلاة ، وبقوله تعالى : (انما الخمر والميسر الى قوله تعالى : رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) حرم الله تعالى الخمر أشد التحريم ، وقال بعض السلف : ما حرم الله شيئا أشد من الخمر ، وقال أبو ميسرة : نزلت بسبب عمر بن الخطاب فانه ذكر للنبى صلى الله عليه وسلم عيوب الخمر وما ينزل بالناس من أجلها ودعا الله فى تحريمها وقال : اللهم بين لنا فى الخمر بيانا شافيا فنزلت هــذه الآيات فقال عمر : انتهينا انتهينا ، وروى أبو داود عن ابن عباس قال : (يأيهــا الذين آمنوا لا تقربوا الصــلاة وأنتم سكارى) و (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس) نسختهما التى فى المائدة (انمــا الخمر والميسر والأنصاب) وفى صحيح مسلم عن سعد بن أبى وقاص : نزلت فى آيات من القرآن وحكى قصة اجابته دعوة نفر من الأنصار أطعموه وسقوه خمرا وتلاحى معهم على فضل المهاجرين فضربه أحدهم بلحى جمل

ففزر أنفه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فأنزل الله تعالى : (انما الخمر والميسر الآية) .

أما حديث ابن عمر فقد أخرجه الشيخان وأحمد بلفظ (كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ، ومن شرب الخمر في الدنيا ــ فمات وهو يدمنها لم يتب ــ لم يشربها في الآخرة) وعند أحمد و لشيخين وأبي داود والنسائي وابن ماجه عن ابن عمر وعند أحمد والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة وعند ابن ماجه عن ابن مسعود بلفظ (كل مسكر حرام) وعند أبي داود عن ابن عباس بلفظ (كل مخمر خمر وكل مسكر حرام) وعند ابن ماجه من حديث معاوية مرفوعا (كل مسكر حرام على كل مؤمن) وعند أحمد ومسلم والنسائي عن جابر بلفظ : (كل مسكر حرام ، ان على الله عهدا لمن يشرب المسكر أن يسقيه من طينة الخبال : عصارة أهل النار أو عرق أهل النار) وعند أبي داود والنسائي من حديث عائشة (كل مسكر حرام وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام) .

أما حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما فقد رواه في السنن وأخرجه أحمد في مسنده من حديث ابن عمر بلفظ : (من الحنطة خمر ومن الشعير خمر ومن التمر خمر ومن الزبيب خمر ومن العسل خمر) وفي المسند أن عمر خطب على المنبر وقال : (الا ان الخمر قد حرمت ، وهي من خمسة : من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير) وحديث عائشة مضى تخريجه آنفا .

اما اللغات . فالخمر يطلق على عصير العنب المشتد اجماعا على حقيقة هذا الاطلاق ، والاختلاف في اطلاقه على غيره حقيقة أو مجازا والقائلون بأن الخمر ما اعتصر من العنب هم الكوفيون أصحاب أبي حنيفة ويعرض الراغب الأصفهاني في غريب القرآن للخمر فيقول انها عند البعض اسم لكل مسكر وعند بعض للمتخذ من العنب أو التمر وعند بعضهم لغير المطبوخ وذهب الى أن كل شيء يستر العقل يسمى خمرا قال الشوكاني : وكذا قال جماعة من أهل اللغة منهم الجوهري وأبو نصر القشيري

والدينوري وصاحب القاموس ويؤيد ذلك أنها حرمت بالمدينة وما كان شرابهم يومئذ الا نبيذ البسر والتمر ويؤيده أيضا أن الخمر في الأصل الستر ومنه خمار المرأة لأنه يستر وجهها وللتغطية ومنه : (خمروا آنيتكم) والمخالطة كقولك : خامره داء ، والادراك كاختمر العجين . قال ابن عبد البر : الأوجه كلها موجودة في الخمر ، وعن ابن الأعرابي : سميت خمرا لأنها تركت حتى اختمرت واختمارها تغير رائحتها ، وقال الخطابي : زعم قوم أن العرب لا تعرف الخمر الا من العنب فيقال لهم : ان الصحابة الذين سموا غير المتخذ من العنب خمرا عرب فصحاء فلو لم يكن هذا الاسم صحيحا لما أطلقوه ا هـ .

والقائلون باختصاص العنب بالتسمية مستدلين بقوله تعالى : (انى أرانى أعصر خمرا) قولهم فاسد لأن ذكر شيء بحكم لا ينفي ما عداه ، وقد روى ابن عبد البر عن أهل المدينة وسائر الحجازيين وأهل الحديث كلهم أن كل مسكر خمر ، وقال القرطبي : الأحاديث الواردة على كثرتها وصحتها تبطل مذهب الكوفيين القائلين بأن الخمر لا يكون الا من العنب وما كان من غيره لا يسمى خمرا ، وهو قول مخالف للغة العرب وللسنة الصحيحة وللصحابة لأنهم لما نزل تحريم الخمر فهموا من الأمر بالاجتناب تحريم كل ما يسكر ولم يفرقوا بين ما يتخذ من العنب وبين ما يتخذ من غيره بل سووا بينهما وحرموا كل ما يسكر نوعه ولم يتوقفوا ولم يستفصلوا ولم يشكل عليهم شيء من ذلك بل بادروا الى اتلاف ما كان من غير عصير العنب وهم أهل اللسان وبلغتهم نزل القرآن . ا هـ .

قلت : وللشاعر في مخالطتها للعقل قوله :

فخامر العقل من ترجيع ذكرتها ... رس لخيف ورهن منك مكبول

اما الأحكام فان جميع الأشربة المسكرة كعصير العنب المطبوخ ونبيذ التمر والزبيب والذرة والشعير وغير ذلك يحرم قليلها وكثيرها ، ويجب بشربها الحد ، وبه قال عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وأبو هريرة وسعد ابن أبي وقاص وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم ومن الفقهاء مالك

والأوزاعى وأحمد واسحاق رحمهم الله وقال أبو حنيفة : الأشربة على أربعة أضرب (أحدها) الخمر وهو عصير العنب الذى اشتد وقذف زبده فيحرم قليله وكثيره ، ويجب على شاربه الحد ولم يشترط أبو يوسف ومحمد أن يقذف زبده وقالا : اذا اشتد وغلا كان خمرا • (الثانى) المطبوخ من عصير العنب فاذا ذهب أقل من ثلثيه فهو حرام ولا حد على شاربه الا اذا سكر ، فان ذهب ثلثاه فهو حلال الا ما أسكر منه • فان طبخه عنبا ففيه روايتان احداهما أنه يجرى مجرى عصيره والمشهور أنه حلال وان لم يذهب ثلثاه • (الثالث) نقيع التمر والزبيب • فان طبخ فى النار فهو مباح ولا حد على شاربه الا اذا سكر فيحرم القدر الذى يسكر وفيه الحد ، وان لم يمسه النار فهو حرام ولا حد على شاربه الا اذا سكر (الرابع) نبيذ الحنطة والذرة والشعير والأرز والعسل ونحو ذلك حلال سواء كان نيئا أو مطبوخا الا أنه يحرم السكر منه ولا حد على شاربه سكر أو لم يسكر • دليلنا حديث النعمان بن بشير الذى ساقه المصنف والأحاديث المستفيضة التى تقضى بأن كل مسكر خمر وكل خمر حرام وحديث عائشة (ما أسكر والفرق بفتح الراء ستة عشر رطلا ولأن الله تعالى حرم الخمر ونبه على المعنى الذى حرمها لأجله ، وهو أن الشيطان يوقع فيها العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهذه المعانى موجودة فى هذه الأشربة فوجب أن يكون حكمها حكم الخمر فى التحريم والحد •

اذا ثبت هذا فان كل شراب مسكر لا يجوز بيعه وهو نجس ، وقال أبو حنيفة : يجوز بيعها الا الخمر ، وقال أبو يوسف : لا يجوز بيع نقيع التمر والزبيب ، ويجوز بيع باقيها • دليلنا أنه شراب فيه شدة مطربة فلم يجز بيعه كالخمر •

فـــرع قال ابن الصباغ : وان طبخ لحما بخمر وأكل مرقها حد وان أكل اللحم لم يحد لأن عين الخمر موجود فى المرق وليس بموجود فى اللحم وانما فيه طعمه ، وان عجن دقيقا بالخمر وخبزه فأكل الخبز لم يحد لأن عين الخمر أكلتها النار ، وقال ابن الصباغ : وان استعط بالخمر

أو احتقن لم يحد لأنه ليس بشرب ولا آكل وفيما قاله ابن الصباغ نظر لأن حكم الاستعاط والاحتقان حكم الشرب فى ابطال الصوم فكان حكمه حكم الشرب فى الحد • قال ابن الصباغ : وان عجن الشعير بالخمر أو البر كان نجسا ولم يجز بيعه ، واذا تبخر به فهل ينجس ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فى دخان سائر النجاسات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن شرب مسكرا وهو مسلم بالغ عاقل مختار وجب عليه الحد فان كان حرا جلد اربعين جلدة لما روى ابو ساسان • قال : « لما شهد على الوليد بن عقبة قال عثمان لعلى عليه السلام دونك ابن عمك فاجلده ، قال : قم يا حسن فاجلده • قال : فيم انت وذاك ول هذا غيرى قال : ولكنك ضعفت وعجزت ووهنت فقال قم يا عبد الله بن جعفر فاجلده فجلده وعلى عليه السلام يعد ذلك فعد أربعين ، وقال : جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر أربعين وابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة » وان كان عبدا جلد عشرين لأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا فان رأى الامام ان يبلغ بحد الحر ثمانين وبحد العبد اربعين جاز لما روى ابو وبرة الكلبى قال : « ارسلنى خالد بن الوليد الى عمر رضى الله عنه فاتيته ومعه عثمان وعبد الرحمن بن عوف وعلى وطلحة والزبير رضى الله عنهم •• فقلت : ان خالد بن الوليد رضى الله عنه يقرأ عليك السلام ويقول : ان الناس قد انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة فيه قال عمر : هم هؤلاء عندك فسلهم • فقال على عليه السلام : تراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون •• فقال عمر : بلغ صاحبك ما قال فجلد خالد ثمانين ، وجلد عمر ثمانين ، قال : وكان عمر اذا أتى بالرجل القوى المنهمك فى الشراب جلده ثمانين واذا اتى بالرجل الضعيف الذى كانت منه الزلة جلده اربعين » فان جلده اربعين ومات لم يضمن لأن الحق قتله ، وان جلده ثمانين ومات ضمن نصف الدية لأن نصفه حد ونصفه تعزير وسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير ، وان جلد احدى واربعين فمات ففيه قولان (احدهما) انه يضمن نصف ديته لأنه مات من مضمون وغير مضمون فضمن نصف ديته كما لو جرحه واحد جراحة وجرح نفسه جراحات (والثانى) انه يضمن جزءا من احد واربعين جزءا من الدية لأن الأسواط متماثلة فقسطت الدية على عددها ، وتخالف الجراحات فانها لا تتماثل وقد يموت من جراحة ولا يموت من جراحات ، ولا يجوز أن يموت من سوط ويعيش من أسواط ، وان أمر

الإمام الجلاد أن يضرب فى الخمر ثمانين فجلده احدى وثمانين ومات المضروب ـ فإن قلنا : ان الدية تقسط على عدد الضرب ـ سقط منها اربعون جزءا لأجل الحد ووجب على الامام اربعون جزءا لأجل التعزير ووجب على الجلاد جزء ، وان قلنا : انه يقسط على عدد الجناية ففيه وجهان أحدهما : يسقط نصفها لأجل الحد ويبقى النصف ، على الامام نصفه وعلى الجلاد نصفه ، لأن الضرب نوعان مضمون وغير مضمون فسقط النصف بما ليس بمضمون ووجب النصف بما هو مضمون والثاني انه تقسط الدية ثلاثا فسقط ثلثها بالحد وثلثها على الامام وثلثها على الجلاد لأن الحد ثلاثة انواع فجعل لكل نوع الثلث .

الشرح خبر أبي ساسان أخرجه مسلم واسم أبى ساسان حضين (بالمعجمة) ابن المنذر يروى عن عثمان وعلى وكان معه يوم صفين يحمل الراية روى عنه الحسن البصرى وغيره وكان شاعرا شجاعا مفوها ، ولفظ الحديث كما فى مسلم : « شهدت عثمان بن عفان أتى بالوليد قد صلى الصبح ركعتين ثم قال : أزيدكم فشهد عليه رجلان أحدهما عمران أنه شرب الخمر وشهد آخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان : انه لم يتقيأها حتى شربها فقال يا على قم فاجلده فقال على : قم يا حسن فاجلده فقال الحسن : ول حارها من تولى قارها ، فكأنه وجد عليه فقال : يا عبد الله بن جعفر قم فاجلده فجلده وعلى يعد حتى بلغ أربعين فقال : أمسك ثم قال : جلد النبى صلى الله عليه وسلم أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب الى » وأخرجه البخارى مختصرا من حديث عبيد الله بن عدى بن الخيار وأخرجه الشافعى فى مسنده أن أمير المؤمنين عليا جلد الوليد بسوط له طرفان . أما خبر أبى وبرة ويقال ابن وبرة فقد أخرجه الطبرى والطحاوى والبيهقى وأخرج نحوه عبد الرزاق عن عكرمة ، هكذا أفاده الشوكانى فى نيل الأوطار .

أما الأحكام فقوله : (انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة) قال ابن بطال الركبى : أى لجوا فيها يقال انهمك الرجل فى الأمر أى جد ولج وكذلك تهمك ، وتحاقروا العقوبة أى رأوها حقيرة صغيرة ا هـ (قوله : اذا سكر هذى) أى تكلم بالهذيان وهو ما لا حقيقة له من الكلام وهو من باب ضرب

وقتل ، وقوله : ول حارها من تولى قارها أى من تولى هينها ولينها وله شديدها وحديدها •

أما اللغات فانه يجلد المحدود الحر فى الخمر أربعين جلدة ، وقال مالك والليث وأبو حنيفة والثورى : الواجب ثمانون ولا يجوز النقصان وأجازه ابن المنذر • دليلنا ما روى من حديث أنس عند أحمد ومسلم وأبى داود والترمذى وصححه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فجلد بجريدتين نحو أربعين قال : وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن : أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر » وعند الشيخين عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم جلد فى الخمر بالجريد والنعال وجلد أبو بكر نحو أربعين وغير ذلك من أحاديث وآثار ساق المصنف بعضها ، وبقولنا قال أحمد وأصحابه وداود وأبو ثور •

فـــرع فان جلد الامام الحر فى الخمر أربعين فمات منه كان دمه هدراً ، ولأنه مات من حد فلم يضمنه لأن الحق قتله كما لو مات من حد الزنا ، وان رأى الامام أن يبلغ فى الحر ثمانين فبلغ به ذلك فمات لم يهدر دمه لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : (ما أحد يقام عليه حد فيموت فأجد فى نفسى منه شيئا الا الخمر فانه شىء أحدثناه بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن مات فديته فى بيت المال أو على عاقلة الامام) متفق عليه ورواه أبو داود وابن ماجه : وأراد به رضى الله عنه الزيادة على الأربعين لأنه قد ذكر أن النبى صلى الله عليه وسلم قد جلد فى الخمر أربعين • اذا ثبت هذا فلا خاف أنه لا يضمن جميع ديته لأنه مات من حد وغير حد ، فينظر فيه ــ فان جلده ثمانين فمات ــ وجب نصف ديته وهدر نصف ديته ، وان جلده احدى وأربعين جلدة فمات ففيه قولان (أحدهما) يجب نصف ديته ويهدر النصف لأنه مات من مضمون وغير مضمون فسقط نصف ديته ووجب نصفها كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه آخر جراحات فمات من الجميع (والثانى) أن الدية تقسم على عدد الجلدات فيسقط من ديته أربعون جزءا ويجب جزء من أحد وأربعين لأن السياط تتساوى فى الظاهر فى السراية والألم بخلاف الجراحات ، وما وجب من

ديته فهل يجب فى بيت المـال أو على عاقلة الامام ؟ فيه قولان مضـيا فى الجنايات ، وان أمر الامام رجلا فجلد رجلا فى القذف احدى وثمانين جلدة فمات المحدود وجب على الجلاد الضمان وكم يجب عليه ؟ على هذين القولين أحدهما : يجب عليه نصف الدية والثانى : يجب عليه جزء من أحد وثمانين جزءا من الدية الا أن يكون الامام قال للجلاد : اضرب فأنا أعد فتركه حتى زاد على الثمانين ومات المحدود فان الضمان يجب على الامام لأنه هو الذى اختار الزيادة اذ لم يأمره بالقطع ، وكم يجب عليه ؟ على القولين فان قال الامام للجلاد : اضرب ما شئت وما اخترت لم يكن له أن يزيد على الحد ، فان زاد ضمن ، وان أمر الامام الجلاد أن يجلد فى الخمر ثمانين فجلد احدى وثمانين ومات المحدود ــ فان قلنـا : تقسم الدية على عدد الجلدات ــ سقط من ديته أربعون جزءا من أحد وثمانين جزءا ووجب على الامام أربعون جزءا من هذا الأصل وعلى الجلاد جزء من هذا الأصل ، وان قلنا : تقسم الدية على أنواع الجلد ففيه وجهان (أحدهما) يسقط من ديته الثلث ويجب على الامام الثلث وعلى الجلاد الثلث لأنه اجتمع فى الحد ثلاثة أنواع حد واجب وتعزير ومحرم (والثانى) يسقط من ديته النصف ويجب النصف على الامام والجـلاد نصفين ، لأن الجلد نوعان مضـمون وغير مضمون فسقط النصف لأجل ما ليس بمضمون ووجب النصف لأجل ما هو مضمون وكان بين الضامنين نصفين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويضرب فى حد الخمر بالأيدى والنعال وأطراف الثيـاب على ظاهر النص لما روى أبو هريرة رضى الله عنه : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتى برجل قد شرب الخمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اضربوه قال : فمنا الضارب بيده ومنا الضارب بنعله ومنا الضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض الناس : أخزاك الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقولوا هكذا ولا تعينوا عليه الشيطان ، ولكن قولوا رحمك الله » ولأنه لـما كان اخف من غيره فى العدد وجب أن يكون اخف من غيره فى الصـفة ، وقال أبو العباس وأبو اسحاق : يضرب بالسوط ، ووجهه ما روى أن عليا رضى الله عنه : « لما أقام الحد على الوليد بن عقبة قال لعبد الله بن جعفر : أقم عليـه

الحد ، قال فاخذ السوط فجلده حتى انتهى الى اربعين سوطا فقال له أمسك » وان قلنا انه يضرب بغير السوط فضرب بالسوط اربعين سوطا فمات ضمن لأنه تعدى بالضرب بالسوط ، وكم يضمن ؟ فيه وجهان احدهما : انه يضمن بقدر ما زاد المه على الم النعال ، والثانى : انه يضمن جميع الدية لأنه عدل من جنس الى غيره فأشبه اذا ضربه بما يجرح فمات منه .

فصل والسوط الذى يضرب به سوط بين سوطين ولا يمد ولا يجرد ولا تشد يده لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال : « ليس فى هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد » .

الشرح حديث أبى هريرة رواه البخارى وأحمد وأبو داود وخبر جلد الوليد مضى تخريجه آنفا من حديث أبى ساسان وحديث ابن مسعود مضى تخريجه فى حد الزانى .

أما الأحكام ففى نوع ما يضرب به المحدود فى الخمر وجهان ، أحدهما ــ وهو قول أكثر أصحابنا ــ أنه يضرب بالنعال والأيدى وأطراف الثياب لحديث أبى هريرة فى الفصل وحديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « أتى بشارب فأمر عشرين رجلا فضربه كل واحد منهم ضربتين » أو « فجلد بجريدتين نحو أربعين قال : وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر » رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه ، ولأن حد الخمر لما كان أخف من غيره فى العدد وجب أن يكون أخف من غيره فى الصفة ، والثانى ــ وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى اسحاق المروزى ــ أن يضرب بالسوط لما روى أن عليا رضى الله عنه ضرب الوليد بالسوط ، ومن قال بهذا تأول الخبرين اللذين سقناهما على أن المحدود كان مريضا أو ضعيفا . فاذا قلنا : يضرب بالسوط فضرب به فمات لم يجب ضمانه ، واذا قلنا : يضرب بالنعال والأيدى فضرب بالسوط فمات فهل يضمنه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يضمن لأنه فعل ما ليس له (والثانى) لا يضمن لأنه وقع موقع الحد . فاذا قلنا : يضمن ، فكم يضمن ؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها : يضمن جميع الدية لأنه تعدى بجميع الضرب

فضمن جميع الدية كما لو ضربه بما يجرح فمات ، والثانى : يضمن بقدر ما زاد من ألم السوط على ألم النعال (والثالث) يضمن نصف الدية لأن قدر الضرب بالأيدى والنعال مستحق وما زاد عليه متعدى به فصار بعضه مضمونا وبعضه غير مضمون فسقط النصف لما هو غير مضمون ووجب النصف لما هو مضمون وهل يجب ذلك على بيت المال أو على عاقلة الامام ؟ على القولين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يقام الحد فى المسجد لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : « نهى عن اقامة الحد فى المسجد ، ولأنه لا يؤمن أن يشق الجلد بالضرب فيسيل منه الدم أو يحدث من شدة الضرب فينجس المسجد ، وان أقيم الحد فى المسجد سقط الفرض لأن النهى لمعنى يرجع الى المسجد لا الى الحد فلم يمنع صحته كالصلاة فى الأرض المغصوبة •**

الشرح هذا الفصل قد مضى بيانه فى الفصول السابقة من الحدود وكذلك مضى فى الجنايات حيث لا قصاص فى المسجد ، وقد خرجنا الحديث هناك وشرحنا غريبه وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا زنى دفعات حد للجميع حدا واحدا وكذلك ان سرق دفعات او شرب الخمر دفعات حد للجميع حدا واحدا لأن سببها واحد فتداخلت ، وان اجتمعت عليه حدود بأسباب بان زنى وسرق وشرب الخمر وقذف لم تتداخل لأنها حدود وجبت بأسباب فلم تتداخل ، وان اجتمع عليه الجلد فى حد الزنا والقطع فى السرقة أو فى قطع الطريق قدم حد الزنا تقدم الزنا او تأخر ، لأنه اخف من القطع ، فاذا تقدم امكن استيفاء القطع بعده ، واذا قدم القطع لم يؤمن ان يموت منه فيبطل حد الزنا ، وان اجتمع عليه مع ذلك الشرب أو حد القذف قدم حد الشرب وحد القذف على حد الزنا ، لأنهما اخف منه وامكن للاستيفاء ، وان اجتمع حد الشرب وحد القذف ففيه وجهان أحدهما : أنه يقدم حد القذف لأنه للآدمى ، والثانى : انه يقدم حد الشرب وهو الصحيح لأنه أخف من حد القذف ، فاذا أقيم عليه حد لم**

يقم عليه حد آخر حتى يبرأ من الأول ، لأنه اذا توالى عليه حدان لم يؤمن أن يتلف ، وان اجتمع عليه حد السرقة والقطع فى قطع الطريق قطعت يمينه للسرقة وقطع الطريق ، ثم تقطع رجله لقطع الطريق ، وهل تجوز الموالاة بينهما ؟ فيه وجهان أحدهما انه تجوز لأن قطع الرجل مع قطع اليد حد واحد ، فجاز الموالاة بينهما ، والثانى : انه لا يجوز قطع الرجل حتى تندمل اليد ، لأن قطع الرجل لقطع الطريق ، وقطع اليد للسرقة وهما سببان مختلفان فلا يوالى بين حديهما ، والأول أصح لأن اليد تقطع لقطع الطريق ايضا فاشبه اذا قطع الطريق ولم يسرق ، وان كان مع هذه الحدود قتل - فان كان فى غير المحاربة اقيمت الحدود على ما ذكرناه من الترتيب والتفريق بينهما ، فاذا فرغ من الحدود قتل ، وان كان القتل فى المحاربة ففيه وجهان أحدهما وهو قول ابى اسحق : أنه يوالى بين الجميع والفرق بينه وبين القتل فى غير المحاربة ان القتل فى غير المحاربة غير متحتم ، وربما عفى عنه فتسلم نفسه ، والقتل فى المحاربة متحتم فلا معنى لترك الموالاة ، والوجه الثانى : انه لا يوالى بينهما لانه لا يؤمن اذا والى بين الحدين ان يموت فى الثانى فيسقط ما بقى من الحدود .

الشرح فى هذا الفصل مسائل الأولى : أنه لا يجب حد الخمر حتى يقر أنه شرب خمرا أو أنه شرب مسكرا أأو شرب شرابا سكر منه غيره أو تقوم بينة بذلك ، ولا يقتصر فى الشهادة عليه أن يقول الشاهد : انه شرب شرابا مسكرا وغير مكره ، ولا مع علمه أنه مسكر ، لأن الظاهر من فعله الاختيار والعلم ، والفرق بينه وبين الشهادة على الزنا حيث قلنا : لا يحكم عليه حتى يفسر الشاهد الزنا لأن الزنا يعبر به عن الصريح وعن دواعيه ، وشرب الخمر لا يعبر به عن غيره ، فان وجد الرجل سكرانا أو شم منه رائحة الخمر أو تقيأ خمرا أو مسكرا لم يقم عليه الحد ، وبه قال أكثر أهل العلم ، وروى عن عثمان أنه لما شهد عنده رجلان على الوليد بن عقبة فشهد أحدهما أنه شرب الخمر وشهد الآخر أنه تقيأها فقال : ما تقيأها الا وقد شربها ، فحده . وروى أن ابن مسعود قدم حمص فسألوه أن يقرأ لهم شيئا من القرآن فقرأ سورة يوسف فقال له رجل : ما هكذا أنزلت فقال ابن مسعود : قرأت عليكم كما قرأت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل الرجل ينازعه فشم منه ابن مسعود رائحة الخمر فقال : أتشرب النجس وتكذب بالقرآن ؟ والله لا أبرح حتى أحدك فحده . قال صاحب

البيان : يحتمل أنه أكره على شربها ، ويحتمل أنه ظن أنه لا يسكر ، فلا يلزمه الحد بالشك ، وما روى عن عثمان وابن مسعود فقد رد عليهما صاحب البيان بفعل عمر وابن الزبير • وأقول : ان الامام اذا اقتنع بأن المخمور شارب متجانف وهو يعلم باسكارها كانت القرائن التى حكم بمقتضاها عثمان وابن مسعود رضى الله عنهما كافية فى نظرهما وهما واقعتا حال • أما الاحتجاج بخبر اقامة عمر الحد على ابنه عبد الله فان الخبر غير صحيح وقد كذبه ابن الجوزى فى سيرة عمر ، والقصاص يبالغون فى سوق القصة فيجعلون عمر يكمل الحد على ابنه بعد أن يموت وفى هذا بلاء مبين •

(المسألة الثانية) اذا شرب الخمر فلم يحد حتى شرب ثانيا وثالثا حد للجميع حدا واحدا كما قلنا فى حد الزنا ، وان شرب الخمر فمضى عليه زمان ولم يحد ولم يتب فان الحد لا يسقط عنه ، وكذلك سائر الحدود ، وقال أبو حنيفة : يسقط بتقادم العهد كحد القذف •

(المسألة الثالثة) اذا اجتمع عليه حدود بأسباب ، بأن زنى وهو بكر وسرق وشرب الخمر وقذف فانها لا تتداخل لأن أسبابها مختلفة ، فان اجتمع عليه الجلد فى الزنا وحد القذف قدم حد القذف سواء تقدم القذف أو تأخر ، واختلف أصحابنا فى علته فقال أبو اسحق المروزى وغيره : انما قدم لأنه حق آدمى ، وقال أبو على ابن أبى هريرة : قدم لأنه أخف والأول أصح • وان اجتمع حد القذف وحد الشرب فعلى تعليل أبى اسحاق يقدم حد القذف وعلى تعليل أبى على ابن أبى هريرة يقدم حد الشرب ، فان اجتمع مع ذلك القطع فى السرقة قدمت هذه الحدود على القطع لأنها أخف ، ولا يقام عليه الحد حتى يبرأ ظهره من ألم الحد الذى قبله ، فان سرق نصابا فى غير المحاربة ونصابا فى المحاربة قطعت يمينه لأخذ النصابين وتقطع رجله لأخذ المال فى المحاربة ، وهل يوالى بين قطع اليد والرجل ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يوالى بينهما بل لا يقطع الرجل حتى تندمل اليد ، لأن اليد قد قطعت للسرقة فى غير المحاربة والرجل قطعت لأخذ المال فى المحاربة وهما سببان مختلفان • والثانى : يوالى بينهما وهو الأصح لأنهما حد • فان

اجتمع عليه حد الزنا وحد القذف وحد الشرب والقطع لأخذ المال فى غير المحاربة والقطع لأخذ المال فى المحاربة والقتل فى غير المحاربة ، فان هـذه الحدود تقام عليه على ما مضى ، ثم تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى • قال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : فاذا اندملنا قتل قصاصا ، وقال ابن مسعود رضى الله عنه : يقتصر على القتل وحده ، وبه قال النخعى • دليلنا ظواهر الأدلة الشرعية فى وجوب هذه الحدود ولم يفرق ، وان اجتمع عليه حـد الزنا وحد القذف والشرب وأخذ المال فى المحاربة والقتل فى المحاربة ، فان هذه الحدود تقام عليه ثم يقتل ولا يقطع للمحاربة لأن المحارب اذا أخذ المال وقتل لم يلزمه القطع ، وانما يقتل ويصلب ، وهل يجب التفريق بين هـذه الحدود ؟ فيه وجهان أحدهما : يجب التفريق بينهما لأنه اذا والى بين حدين ولم يؤمن أن يموت قبل استيفاء ما بعده ، وقال أبو اسحق : يجوز الموالاة بينهما لأن القتل فى المحاربة متحتم عليه فلا معنى للتفريق ، والأول أصح • وان اجتمعت عليه هذه الحدود وقتل فى غير المحاربة وقتل فى المحاربة فان هذه الحدود تقام عليه ما مضى ، ولا تقطع اليد والرجل للمحاربة لما مضى ، فان كان القتل للمحاربة وجب عليه قتل القتل فى غير المحاربة قتل للمحاربة وصلب ووجبت الدية فى ماله للقتل فى غير المحاربة ، وان كان القتل فى غير المحاربة وجب عليه قبل القتل للمحاربة العرض على ولى الدم ، اذ أن ولى المقتول بالخيار بين أن يعفو أو يقتص منه ، فان عفـا عنه قتل للمحـاربة وصلب : وان اقتص منه الولى للقتل فى غير المحاربة وجبت الدية فى ماله للقتل فى المحاربة ، وهذا يدل على صحة قول الشيخ أبى حامد : اذا مات قاطع الطريق فانه لا يصلب ، والله تعالى أعلم بالصواب •

حد الشرب

حرم الله الخمر تحريما قاطعا ، وقد كانت محبوبة لكثيرين من العرب ولذلك جاء تحريمها تدريجيا ، حتى يأنسوا بهذا التحريم ، وقد ابتدأ فبين أنها أمر غير حسن فى ذاته ، فقال سبحانه : (ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا) ومن هذا النص الكريم يتبين أن اتخـاذ

السكر أى الخمر من ثمرات النخيل والأعناب ليس من الرزق الحسن وأنه مقابل مغاير له .

ثم بين بعد ذلك سبحانه أن مضار الخمر أكثر من نفعها ، وأن ما يكون كذلك لا ترضى العقول أن يتناوله الناس ، وقد قال الله تعالى فى ذلك (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما) ومقتضى أحكام الشرع والعقل أن ما تكون مضرته أكبر من نفعه يحرم ، فكان هذا اشارة الى التحريم ، بل انه تمهيد لبيان التحريم القاطع ، ولذلك أعرض عنها كثير من الصحابة ثم جاء من بعد ذلك الأمر بالتحريم أكثر الوقت ليكون من بعد ذلك التحريم فى كل الأحوال والأزمان ، وقد جاء التحريم عن مقاربة الصلاة حال الاسكار ، فقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) وبهذا النص كان على المؤمن أن يمتنع عن شرب الخمر عند مقاربة أوقات الصلاة حتى لا يصلى وهو سكران لا يعلم ما يقول ، فيقتضى ذلك ألا يسكر طول النهار وزلفا من الليل ، وبذلك يتعود شاربها الانقطاع عنها .

ثم جاء النص القاطع بتحريمها فقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) .

بذلك النص تبين تحريم الخمر بأبلغ ألفاظ التحريم ، فقد قرنه بالذبح على النصب لغير الله ، ووصفها بأنها رجس أى ضار فى ذات نفسه ، وبأنها من عمل الشيطان اذ أنه ليس فيها الا ما ينفر ، ولكن تزيين الشيطان لها هو الذى يحبب فيها ، وأمر الله سبحانه باجتنابها ، والأمر بالاجتناب أبلغ ألفاظ النهى والأمر بالكف ، لأن مؤدى الاستجابة له أن يجعله فى جانب وهى فى جانب وبين أن تركها مدعاة لفلاح الأمة والآحاد ، وذكر أن من آثارها اثارة العداوة والبغضاء ، وأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة

وختمها بعبارة : (فهل أنتم منتهون) استفهام تحضيضى توبيخى فهو يحض على الانتهاء والتوبيخ على عدم الانتهاء ، ولا يوجد فى القرآن نص محرم قوى التحريم فيه بمثل هذه العبارة القوية •

اذا ثبت هذا فان شرب الخمر معصية ، ومن يرتكب معصية ينزل به العقاب اذا كان الاثبات يجرى عليها ولذلك ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه عاقب شارب الخمر ، وانعقد الاجماع من الصحابة على وجوب عقابه ، ولكن جرى الاختلاف فى موضعين :

(أولهما) فى الخمر التى توجب العقاب أهى كل مسكر ؟ أم هى نوع خاص من المسكرات ؟ قال جمهور الفقهاء : كل مسكر خمر ، لأنها مأخوذة من ستر العقل ، وهو اغفال تفكيره السليم فهى من خامر العقل وخمره بمعنى ستره ، وقد أخذ من ذلك الخمار الذى يستر الرأس والوجه • ولقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : (كل مسكر خمر وكل خمر حرام) •

وقال الدكتور الشريف محمد على البار فى كتابه « الخمر بين الطب والفقه » :

(الخمر هى الأشربة التى بها كمية من الكحول ، والكحول أو الغول فى أصل اللغة هو ما ينشأ عن الخمر من صداع وسكر ، لأنه يغتال العقل • وقد نفى الله تعالى عن خمر الجنة هذه الصفة فقال : (لا فيها غول ولا هم عنها ينزفون) •

أول من اكتشف الغول (الكحول) هم الكيميائيون العرب وقاموا بتحضيره ثم ترجم الافرنج عنهم هذه الكلمة فنقلوها الى لغتهم فصارت ALCOHOL وهذا ما تقرره المعاجم اللغوية الفرنسية مثل معجم لاروس الفرنسى •

والغول (الكحول) هو اسم عام يطلق على جملة من المركبات الكيماوية لها خصائص متشابهة مكونة من ذرات الهيدروجين والكربون (الفحم) وآخرها مجموعة هيدروكسيلية أى ذرتى أوكسجين وهيدروجين •

وقد أثبت الدكتور البار فى بحثه أن جميع الأمراض التى تنتاب أجزاء البدن ظاهرا وباطنا يجوز أن تكون الخمر كفيلة بحشدها فى البدن وهد بنائه هذا واذهاب بصره وفحولته ورجولته حتى اصابته بالخنوثة والعنسة يمكن أن تكون بسبب الخمر • وقد رأى الدكتور كيف تواترت الأحاديث الصحيحة بأن الخمر داء ولما كان الصادق المصدوق لا ينطق عن الهوى وانما هو وحى يوحى علمه شديد القوى ، بحث فيما لديه من كتب الطب وجمع معلوماته عن الخمر وتجاربه مع مرضاه ممن ارتكس فى حمأتها ووجد فى أثناء ذلك عجبا من العجب ، وجد أمراضا وأدواء لا حصر لها تسببها الخمر وبدأ يفصل عن الخمر فى اللغة والفقه ثم كيمياء الخمر وتركيبها وكيف تصنع ثم أردف ذلك يفصل عن آثارها فى الجسم وذلك ما يسمى بعلم الأقربازين أو الفارماكولوجى أى علم العقاقير وتأثيرها فى جسم الانسان ثم أفاض فيها فصلا فصلا وابتدأ بالجهاز العصبى الذى يعلو الى أثمن ما وهبه الله للانسان ألا وهو المخ ، وهو محط العقل والفكر والروية ، وبه مناط المسئولية هى الذى يسأل عما قدم وأخر وأبان فيه كيف تفعل به الخمر ، وكيف تغطى على العقل واستطرد بعد ذلك الى الجهاز الهضمى وابتداء فيه بالفم فالبلعوم فالمرىء فالمعدة فالأمعاء الدقاق ابتداء من الاثنى عشر حتى الصائم ومنه الى الأمعاء الغلاظ فالبنكرياس ، ووقف وقفة طويلة عند الكبد لأنه محط هجوم الخمر من أول وهلة وتفعل به الخمور الأفاعيل ، فأفاض فى ذلك بما يستحق •

ثم انتقل الى الجهاز الدورى والقلب فالجهاز الدموى فبقية الأجهزة ثم تحدث عن الادمان ومشاكله الحاضرة ، وكيف أصبحت أوربا وأمريكا فريسة لهذه الرذيلة ، لا تدرى كيف تخلص من براثنها براثن هذا الوحش الرهيب المرعب ، وقارن مقارنة موجزة بين المجتمع العربى الجاهلى وهو مجتمع ادمان ومعاقرة كيف بآية واحدة من السماء يقرؤها منادى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى الطرقات والسكك فى المدينة فتبطل الخمر فى الحال وتسيل الدنان وتمتلىء أزقة المدينة بالخمر كالجداول ، ويبلغ الخبر الملأ وهم يشربون فى مجلسهم فيكسرون أقداحهم ، بل وتقف القدح

فى يد الواحد منهم قبل أن تصل الى شفتيه فترتعش يده ويهتف من أعماق أعماق قلبه : انتهينا ربنا ، انتهينا ربنا ويريقها فى الطريق عند سماعه الآية وفى آخرها (فهل أنتم منتهون) •

كل هذا بآية واحدة ، أوربا وأمريكا تاول بكل أجهزتها المعقدة وبكل حكمائها وعلمائها وأطبائها أن يمنعوا الادمان فلم يجدوا ازاء تلك الجهود الضخمة الجبارة الا المزيد من الادمان ، فقد بلغ المدمنون فى الولايات المتحدة عشرة ملايين مدمن ، وفى بريطانيا مليون ، وفى فرنسا أربعة ملايين ، هؤلاء مدمنون أى لا يستطيعون العيش بدون الخمر ، وقد وصلت حالتهم الاجتماعية والصحية والنفسية الى أسفل سافلين ، ولا علاج حتى الآن •

لقد تعرض الدكتور الشريف محمد على لمشكلة الادمان وخاصة فى المجتمعات الغربية ومعنى الادمان وأسبابه ثم تعرض لمشكلة الخمور فى البلاد الغربية والاسلامية ، وأغلب حكومات وقوانين هذه الدول تبيح شرب الخمر ـ وأنا أكتب هذا الآن وأسمع هدير جماهير الشعب السودانى تسير الى قصر الشعب قصر الرياسة لتهنيء الرئيس المجاهد جعفر نميرى على قوانينه التى أصدرها باقامة الحدود الشرعية على شاربى الخمر وحد القطع على السراق وهكذا ـ وأول الغيث قطر ثم ينهمر ، وسيقوى هذا من عزم بقية الزعماء والرؤساء المترددين فيقدمون على ما أقدم عليه النميرى ولابد أن تسلم الأيدى التى توقع مثل هذه الأوبئة الى الله • ولنعد الى صنيع الدكتور محمد على داعين الله بالتأييد والحفظ لكل من حافظ سرعه ودينه وأقام أعلام شريعته ، وقد تضاف هذه المأثرة الى مأثرة سبقتها منذ شهور قليلة حيث أمر بحبس مسيلمة السودان ودجاله المسمى محمود محمد طه الذي حاول أن يدافع عن نفسه أمام حججى الدافعة التى جعلته يصنف كتيبا يتكلم فيه كالمصروع أو كمن مسه شيطان من الجن يؤلب على السلطات ويؤلب على مشايخ الصوفية ويؤلب على الجمهور من العوام وتطاول ببذاء وسوء أدب حتى نال من مقام النائب الأول لرئيس الجمهورية الرجل التقى الورع عمر محمد الطيب فكان جزاؤه مصادرة الكتيب وسجنه هو وأتباعه ، وتولت بنته تسجيل الكتيب بصوتها على أشرطة كاسيتات ،

ولكنني أروح وأغدو دون أن تهتز شعرة فى بدنى من سطوة أتباعهم أو محاولتهم الحاق الأذى بى من نحو قتل أو خطف أو ما الى ذلك وأشكر الله الذى جبلنى على أن لا أخاف الا منه فهو سبحانه الذى يملك لى الحياة والموت • قلت : ان الدكتور محمد على تعرض لمشكلة الخمور فى البلاد العربية والاسلامية وأغلب حكومات هذه الدول وقوانينها تبيح شرب الخمور والترويج لها بل ان بعضها يقوم بصنعها باسم الدولة ، ويعتبر ذلك أحد انجازاته الثورية !! رغم أن دين الدولة الرسمى هو الاسلام ، وهو يحرم الخمور والاتجار بها والاعلان عنها تحريما قاطعا ، ثم تحدث عن طبقة المدمنين فى البلاد الغربية وقارنها بطبقة المدمنين فى البلاد العربية والاسلامية وقد أسف اذ ألفى أن أغلب المدمنين فى البلاد العربية والمسلمة من الطبقات العليا أى من الحكام والأغنياء والمترفين والمثقفين بينما أغلب المدمنين فى البلاد الغربية من الطبقات السفلى فى المجتمع ، ثم تعرض لتجربة الغرب وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية فى محاربة الخمر والادمان وكيف أنها قامت بتحريم الخمور عام ١٩٢٠ واستمرت الى عام ١٩٣٣ وكيف أخفقت تجربة المنع ، وما هى أسباب الفشل والاخفاق ، ثم تعرض لتجربة مماثلة حدثت منذ ١٤٠٠ سنة وكيف كان المجتمع الجاهلى يكاد يعبد الخمر وكيف استطاع الاسلام أن يمنع شربها ويخفف مصادرها ، ولماذا نجح الاسلام وفشلت الولايات المتحدة الأمريكية فشلا ذريعا فى محاربة الخمر وتعرض لرأى (توينبى) المؤرخ الانجليزى فى أنه لا خلاص ولا أمل للبشرية من الخروج من مشكلة الخمر الا بالاسلام ، ثم تعرض للمعجزة التى حققها الاسلام فى القرن العشرين فى مجتمع السود فى الولايات المتحدة ذاتها ، وكيف نجح الاسلام نجاحا مذهلا فى تغيير نمط حياة هؤلاء البؤساء الذين دفع بهم الرجل الأبيض الى مستنقعات الجريمة وردغة الادمان خلال قرون من الاذلال والاحلال •

ويقارن الدكتور بين الطريقتين ، فالفارق واضح لا لبس فيه ولا غموض • آية التحريم تنهى مشكلة من أعقد المشاكل لأمة جاهلة أمية تكاد تعبد الخمر والآلاف من الكتب الطبية والنشرات العلمية عن أضرار الخمر لا تحل ولو جزءا من هذا الاشكال •

والسبب بسيط ويكمن فى كلمة واحدة تفعل أكثر مما يفعل السحر تلك هى كلمة (الايمان) تلك الكلمة التى جعلت سحرة فرعون يسجدون لله عندما رأوا الآيات البينات ويقولون لفرعون الطاغية الجبار : (لن نؤثرك على ما جاءنا من البينات والذى فطرنا فاقض ما أنت قاض انما تقضى هـذه الحياة الدنيا) تلك الكلمات العجيبة الفذة التى تتصـل بنور الله فتنداح أمامها الظلمات والغياهب كما تنداح الظلمات أمام أشعة الشمس .

والفـرق يكمن بين منهجين منهج ربانى يربى الأفراد والمجتمـع على الاتصال بالله والانصياع الفورى لأوامره وزواجره : ومجتمع شيطانى مبنى على الهوى « أفرأيت من اتخذ إلهه هواه أفأنت تكون عليه وكيلا ؟ » .

والانسان مخلوق عجيب فقد جهد العلماء فى أمريكا أن يصيبوا الحيوان بادمان الخمر ففشلوا ولم يتمكنوا من اصابة حيوان واحد بالادمان وثبت أن الانسان هو الوحيد بين المخلوقات الذى يقبل على شرب الخمر وهـو يعلم يقينا أنها تضره كما أنه الوحيد الذى يقبل على التدخين وهو يعرف آفاته وأضراره .

والكتاب كله مصداق لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخمر أنها داء وليست دواء ، وقد قالها صلى الله عليه وسلم فى عهد كانت الخمر تعتبر فيها دواء ، بل لقد ظل الناس يعتقدون ذلك الى الماضى القريب بل « اننا كنا نلقن فى كلية الطب عن منافع الخمر للدورة التـاجية بالقلب ثم جاءت الاكتشافات الحديثة فأبطلت هذا الزيف وبددت هذا الوهم وظهر أن الخمر تسبب الجلطة وان كان بطريق غير مباشر » .

وكذلك أزاح الطب الحديث الوهم بأن الخمر تدفىء الجسم وأبان أن ذلك هو الدفء الكاذب فمن يتعرض للبرد بعد شرب الخمر يحس بالدفء بينما هو يفقد حرارة جسمه ويتعرض لحتفه وهلاكه بيده . قلت : وعنـدما نزلت آية التحريم القاطع جاء الصحابة الى كل الأنبذة والجعة وهى التى من الشعير وتسمى فى عصرنا (البيرة) فأراقوها ولم يكن بينها عصير العنب.

وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان الخمر لا تطلق الا على النيء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد ، فالخمر بالمعنى اللغوى هى هذا ، وبه يفسر القرآن ، ولا تطلق على لسان الشرع على غيره من المسكرات وهذه يحد شاربها ، سواء أسكر منها أم لم يسكر باتفاق الفقهاء . وما عدا هذا النوع من الشراب فقد قال أبو حنيفة : انه لا يسمى خمرا ، ولا يشمله النص لكن يدخل فى عقوبة الخمر بالقياس عليها ، ولأنه يتحقق فيه معناها غالبا ، وذلك مثل نقيع الزبيب ، والمطبوخ من عصير العنب أو التمر أو الزبيب ونحوها مما من شأنه الاسكار كالنيء من ماء العنب وهذه يجب فيها الحد لا بمجرد الشرب ، ولكن بالسكر منها بالفعل .

وهناك أنبذة تؤخذ من المطعومات الحلال التى لم تكن معتادة للاسكار عند العرب وليس من شأنها الاسكار ابتداء مثل نبيذ الحنطة والشعير والذرة والعسل والتين وقصب السكر ، فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا حد فيها لأن الأصل فيها الحل والسكر طارىء عليها فلا عبرة بالطارىء وقال محمد : انها ما دامت قد اتخذت للاسكار فهى حرام ، ولكن لشبهة الحل باعتبار أصلها لا يقام بسببها الحد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ادرءوا الحدود بالشبهات » رواه ابن عدى فى جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة عن ابن عباس ورواه أبو مسلم الكجى و بن السمعانى فى الذيل عن عمر بن عبد العزيز مرسلا ومسدد فى مسنده عن ابن مسعود موقوفا . وروى ابن أبى شيبة والترمذى والحاكم والبيهقى عن عائشة رضى الله عنها مرفوعا : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله فان الامام لأن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » .

وقد فهم بعض الناس أن أبا حنيفة يبيح هذه المشروبات اذا اتخذها أصحابها للسكر ، والحقيقة أن أبا حنيفة وأصحابه يحرمون السكر بكل صوره ، ولكن وجدوا بعض المسكرات ثابتة بالنص فى نظرهم ، وبعضها ثبت الاسكار فيه بالفعل فحق عليه التحريم ، وبعضها الاسكار فيه احتمالى بواقع الحال فى زمانهم ، ولا تزول الاباحة الأصلية احتمال وجود سبب

التحريم ، فان قطع الاحتمال باتخاذه للاسكار بالفعل كما يصنع الآن فى أنبذة القمح والشعير وعصير قصب السكر فان التحريم يكون ثابتا وبهذا يتبين أن الأمر فى القضية هو أمر الزمان والقصد .

وان السبب فى تساهل أبى حنيفة هو أنه ثبت بالرواية عنده أن بعض الصحابة تناول بعض هذه الأشربة فامتنع عن تحريمها حتى لا يتهم بعض الصحابة بالمعصية ، وقال فى ذلك : (ولو غرقونى فى الفرات لأقول انها حرام ما فعلت حتى لا أفسق بعض الصحابة ولو غرقونى فى الفرات على أن أتناول قطرة ما فعلت [1]) فالأمر بالنسبة لأبى حنيفة احتياط لكرامة الصحابة ، واحتياط لدينه .

وقد كثرت أنواع الخمور وسميت بأسماء كثيرة وفى ذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم « سيأتى على الناس زمان يشربون الخمر ويسمونها بغير أسمائها » .

وان التعميم فى التحريم على مقتضى الحديث فى كل مسكر هو الأنسب لروح العصر فانه قد وجدت أنواع كثيرة من المسكرات لا تحصى ، ولكن تتوفر فيها علة التحريم وهو الاسكار .

وجوهر الخلاف بين الحنفية والجمهور ليس هو فى أصل تحريم المسكر وانما الخلاف فى دخول أصناف فى النص القرآنى فقصروا التحريم القطعى على صنف واحد ، أوجبوا الحد فى مجرد تناوله ، لأن مجرد التناول داخل فى عموم النص بالتحريم وعموم الأصناف لا تدخل فى عموم النص الا بالمعنى وهو الاسكار . فلا يكون الحد لذات تناولها ولكن لما فيها من اسكار .

فرع فى حد الخمر ومقداره واختلاف العلماء وهل ثبت بالنص أم بالقياس ؟ لقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أوجب العقوبة فى شرب الخمر فقال صلى الله عليه وآله وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه فان

---

(١) العقوبة للشيخ محمد أبى زهرة ص ١٦٥ .

عاد الثانية فاجلدوه فان عاد الثالثة فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه » رواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم عن ابن عمر وأبو داود والترمذى والحاكم عن معاوية وأبو داود والبيهقى عن ذؤيب وأحمد وأبو داود والترمذى والحاكم عن أبى هريرة والطبرانى والحاكم والضياء عن شرحبيل بن أوس والطبرانى والدارقطنى والحاكم والضياء عن جرير بن عبد الله البجلى ، وأحمد والحاكم عن عبد الله بن عمرو وابن خزيمة والحاكم عن جابر بن عبد الله والطبرانى عن غضيف ، والنسائى والحاكم والضياء عن الشريد بن سويد والحاكم عن نفر من الصحابة . وقد اجتمع لهذا الحديث نصاب التواتر فقد رواه أكثر من عشرة من الصحابة معينين ومبهمين.

وقد شدد النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى لعن من يشرب الخمر فقال : « ان الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وشاربها وساقيها وحاملها والمحمولة اليه وبائعها ومشتريها وآكل ثمنها » رواه الحاكم والبيهقي فى الشعب عن ابن عمر .

وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب شاربا فعن أنس بن مالك رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتى رجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحوا من أربعين » ثم أتى به أبو بكر فصنع مثل ذلك ثم أتى به عمر فاستشار الناس فى الحدود فقال ابن عوف : أقل الحدود ثمانون وقال على فى المشورة : « انه اذا سكر هذى واذا هذى افترى فحدوه حد الافتراء » .

فـــرع . فى اختلاف العلماء فى مقدار الحد .

مذهبنا أن حد الشرب أربعون وبه قال أحمد فى رواية عنه وقال أبو حنيفة ومالك والثورى وأحمد فى رواية عنه : انه ثمانون ، لأن هذا ما قرره عمر ووافقه عليه أكثر الصحابة رضوان الله عليهم وليس فيه مخالفة لما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم لأن كل ضربة فى كل مرة بنعلين فتكون عدة الضرب ثمانين وما كان لعمر وعلى وعبد الرحمن أن يخالفوا النص

ويجهلوه وهو حد أقيم على مرأى من الجميع ، فلا مساغ للخلاف فيه ، وانما الخلاف فى تفسيره •

دليلنا أنه العمل الوارد عن النبى صلى الله عليه وسلم والحديث لا تثبت بالقياس ، وقول عبد الرحمن بن عوف وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما وعمل عمر اجتهاد فى موضع النص ولا يقال : ان الزيادة تعزير ، لأنه لا يزاد على الحدود ، الا اذا كانت جريمة أخرى فوق جريمة الشرب ، كما حدث من أن عمر رضى الله عنه بعد أن أقام الحد وهو ثمانون عنده أضاف ضربات لسوء التأويل •

وذلك أن قدامة بن مظعون وعمرو بن معد يكرب وأبا جندل بن سهيل شربوا وقالوا : هى حلال لقوله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا اذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات) فبين لهم علماء الصحابة معنى الآية وأنها تحرم الخمر ، وأقاموا عليهم الحد لشربهم اياها •

وفى رواية رواها الخلال من أصحاب أحمد عن محارب بن دثار « أن ناسا شربوا الخمر فقال لهم يزيد بن أبى سفيان : شربتم الخمر ؟ قالوا : نعم وتمسكوا بقول الله تعالى : (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فكتب فيهم الى عمر رضى الله عنه ، فكتب اليه : ان أتاك كتابى هذا نهارا فلا تنتظر بهم الى الليل ، و ن أتاك ليلا فلا تنتظر بهم الى النهار حتى تبعث بهم الى لئلا يفتنوا عباد الله ، فبعث بهم الى عمر فشاور الناس فيهم فقال لعلى : ما ترى ؟ قال : أرى أنهم شرعوا فى دين الله ما لم يأذن به الله فان زعموا أنها حلال فاقتلهم فقد أحلوا ما حرم الله ، وان زعموا أنها حرام فاجلدهم ثمانين جلدة فجلدهم عمر ثمانين) فان كانت زيادة من بعد ذلك فلسوء التأويل ، وقد ورد أن عمر زاد بعد الثمانين أسواطا •

الشبهات المسقطة للحدود

روى أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ادرءوا الحـدود بالشبهات فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة) وقال صلى الله عليه وسلم : (أيها النـاس من ارتكب شيئا من هذه القاذورات فاستتر فهـو فى ستر الله ، ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد) •

وان هذين الحديثين يدلان على أمرين :

(أحدهما) أن الجريمة اذا ارتكبت فى غير اعلان يجب الاستمرار فى سترها ، ومنع كشفها ، وفى فتح الباب لاقامة الحد فيما استتر من جرائم ، وتحرى طرق الاثبات واعلانها من الأضرار أكثر مما فى اقامة الحد فى ذاته ، اذ فيه تجسس منهى عنه بقوله تعالى : (ولا تجسسوا) وقوله عليه السلام (ولا تجسسوا وكونوا عبـاد الله اخوانا) وان هـذا بلا ريب تضـييق للعقاب وجعله رمزا مانعا ، بدل أن يكون عاما جامعا ، وحسب المؤمنين أن تكون هناك يد مقطوعة كل عام ليكون ذلك مانعا زاجرا ، يجعل كل سارق يترقب مثل ما نزل بغيره فيكون الامتناع عن السرقة •

وحسب أرباب الشهوات أن يكون بين أيديهم حد يقام للزنا يشـهدك طائفة من المؤمنين ، حتى يتجهوا الى الزواج ويفروا من عار العقاب إلى أمن البراءة وطريق الاستقامة •

والشبهة هى الحال التى يكون عليها المرتكب أو تكون بموضـوع الارتكاب ، ويكون معها المرتكب معذورا عذرا يسقط الحد ، ويستبدل به عقاب دونه على حسب ما يرى الحاكم ، ويقول الفقهاء فى تعريفها : انهـا ما يشبه الثابت وليس بثابت أو هى وجود صورة الثابت وأن النبى صلى الله عليـه وسلم كان يلتمس السـتر على المجـرم • لقـد حرض بعض الناس ماعزا على الاقرار فذهب وأقر أمام الرسـول صلى الله عليه وسلم

وكان النبى صلى الله عليه وسلم يحاول أن يحمله على الرجوع فى اقراره بالتعريض فقال له : (لعلك قبلت لعلك لامست ولما علم بالذى حرضه على الاقرار قال له : (هلا سترته بثوبك لكان خيرا لك) •

ويروى أن ماعزا مر على عمر قبل أن يقر فقال له عمر : أأخبرت أحدا قبلى ؟ قال : لا ، قال : فاذهب فاستتر بستر الله وتب الى الله ، فان الناس يعيرون ولا يغيرون والله تعالى يغير ولا يعير فتب الى الله ولا تخبر به أحدا ، فذهب الى أبى بكر فقال مثل ما قاله عمر ثم ذهب الى هذا الرجل الذى لامه النبى صلى الله عليه وسلم واسمه هزاع فأمره بما أقر به وكان اللوم من النبى صلى الله عليه وسلم •

وان هذا الخبر مع ما سبقه يدل على أن التضييق فى تطبيق الحدود أمر محبب فى الاسلام •

وان الأخذ بحد الشبهة الدارئة للحد القصد منه هو أن تكون شريعة الحد قائمة ، والتنفيذ القليل منها صالح لانزال النكال بالمذنبين ، أو بعبارة أدق من يكون بصدد الوقوع فى الجريمة •

والشبهات التى تسقط الحدود أو تؤثر فى لزوم العقوبات المقدرة قصاصا أو حدا يمكن ضبطها فى أقسام أصلية أربعة :

أولها : ما يتعلق بركن الجريمة ، والثانى : يتعلق بالجهل النافى للقصد الجنائى فى الارتكاب ، والثالث : يتعلق بالاثبات ، والرابع : يتعلق بتطبيق النصوص على الجزئيات والخفاء فى التطبيق فى بعضها •

الشبهة فى تحقق الركن

ان ركن الجريمة هو تحريم الشارع فعلا معينا قد رتب عليه عقابا هو الحد أو القصاص فاذا كان الشارع قد حرم الزنا فانه قد جعل له حدا قائما بذاته ، واذا كان قد حرم السرقة فانه قد رتب عقابا وهكذا ، فاذا كان

التحريم موضع شك أو فيه شبهة أو تحققت فيه الاباحة صورة ولم تتحقق معنى فانه فى هذه الحال تكون الشبهة فى الاباحة ، وهى أساس التحريم ، ولنضرب لذلك مثلا بالنكاح من غير شهود فانه لا يثبت معه الحل لما ورد من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لا نكاح الا بولى وشاهدين) ولكن رأى الامام مالك أن الشهود ليسوا بشرط لانشاء العقد ولكنهم مشروطون للدخول ، وأن الاعلان وحده كاف لانشاء الزواج ويسوق على ذلك أدلة أنتجت عنده وان لم تنتج عند مخالفيه ، وأن هذه الأدلة تنتهى بلا ريب الى أن تكون شبهة فى أن العمل حرام وهكذا .

وان الشبهات التى تكون فى ركن الجريمة ترجع الى أربعة أقسام :

ـ شبهة الدليل ، وشبهة الملك ، وشبهة الحق ، وشبهة الصورة . ولنوضح هذه الأقسام .

فشبهة الدليل أن يكون فى الموضوع دليلان متنازعان أحدهما يحرم وهو الراجح ، والآخر يبيح وهو المرجوح ، فيتناول المكلف الأثر ومن هذا القسم اذا دخل الرجل بالمرأة فى عقد من غير شهود فانه فى هذه الحال يتنازع الموضوع دليلان ، أحدهما : يمنع الحل وهو الراجح ، والثانى : يوجد الحل وهو المرجوح ، فهذه الشبهة وهى بعض ما استدل به مالك فيما أخذ من حكم بالنسبة للاعلان ، وأن الحل بذلك مقيد بشروط ، لا تتوافر فى مجرد العقد بلا شهود . ولقد قرر الفقهاء بالنسبة لشبهة الدليل قاعدة فقهية فقالوا : ان كل فعل يختلف فيه الفقهاء حلا وتحريما فان الاختلاف يكون شبهة تمنع اقامة الحد وفى ذلك يقول ابن قدامة فى المغنى :

(ولا يجب الحد بالوطء فى نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة ونكاح الشغار والتحليل والنكاح بلا ولى ولا شهود ، ونكاح الأخت فى عدة أختها من طلاق بائن ، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة البائن ، ونكاح المجوسية ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، لأن الاختلاف فى

اباحة الوطء فيه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهات) .

ويجب أن تقرر هنا أن الخلاف الذى يكون شبهة هو الخلاف فى أصل الحل والتحريم ، أما الخلاف فى أن هذا شبهة أو ليس بشبهة ، فان هذا لا يمنع اقامة الحد عنه عند من يقرر انتفاء الشبهة ، ومن ذلك العقد على محرمة عليه فان أبا حنيفة يعتبر صورة العقد شبهة ، وغيره لا يعتبر صورة العقد شبهة فالذين نفوا الشبهة لا يلتزمون من قول أبى حيفة ويسقطون الحد .

ويقول ابن قدامة فى زواج المحرمة : (وان تزوج ذات محرم فالنكاح باطل بالاجماع فان وطئها فعليه الحد فى قول أكثر أهل لعلم منهم : الحسن وجابر بن زيد ومالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد واسحاق وأبو أيوب وابن أبى خيثمة . وقال أبو حنيفة والثورى لا حد عليه ، لأنه وطء تمكنت فيه الشبهة ، كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها ، وبيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح ، وهو عقد النكاح الذى هو سبب للاباحة ، فاذا لم يثبت حكمه وهو الاباحة بقيت صورته دارئة للحد الذى يدرىء بالشبهات) .

وهذا منطقى اذ أنه اذا اعتبر الاختلاف فى الشبهة مسقطا للحد عند من يقرر انتفاءها يكون ذلك الزاما للمخالف برأى مخالفه ، ولأن الاختلاف فى هذه الحال ليس اختلافا فى أصل الاباحة حتى تعترى الشبهة الركن ، بل ان أصل التحريم مجمع عليه ، حتى عند من يقرر أن فى الموضوع شبهة دارئة . فأبو حنيفة يقرر أن وطء المحرمة حرام ولكنه يمنع اقامة الحد ، فهذه الشبهة عنده لا تسقط معنى الجريمة ، ولكنها تسقط الحد فقط ، وبذلك لم يوافقه غيره ، اذ أصل التحريم الذى هو ركن الجريمة قائم لا مجال للريب فيه .

ومن شبهة الدليل فى السرقة اذا سرق مال ابنه من حرز مثله وتوافرت كل أركان السرقة الظاهرة فانه لا يقطع ، لأن هناك دليلا مبيحا وان لم

يكن راجحا فى الأخذ بظاهره فقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : (أنت ومالك لأبيك) ولأن كل ما يكسب الولد هو كسب لأبيه فى عرف بعض الناس ، ولكن يعارض هذا الملكية الخاصة التى تثبت للولد بمقتضى القواعد العامة وبمقتضى الشخصية المنفصلة ، والذمة المنفصلة ، حتى أن الولد الذى يكون فى ولاية أبيه تكون ذمته المالية منفصلة عن ذمة أبيه وهى قواعد مأخوذة من عدة مصادر من النصوص .

وبذلك يكون بين أيدينا دليلان ، أحدهما مبيح والآخر مانع ، وبذلك لا يتحقق الركن الأول للجريمة وهو كون الفعل ممنوعا من غير شبهة ، اذ أن الدليل المعارض وان كان غير منتج للتحليل فقد أنتج الشبهة .

شبهة الملك

وقد تدرج هذه المسألة الأخيرة فى شبهة الملك اذ أن الدليل المبيح يوجد نوع ملكية فى مال الولد ، فتكون من قبيل شبهة الملك ، ولكن الحق أن هذه عدها فى شبهة الدليل الخاص بالركن أقوى من شبهة الدليل المتعلق بالملك .

ومن شبهة الملك ما اذا أخذ المحارب المستحق جزءا من الغنيمة خفية بحيث تتحقق جريمة السرقة صورة ، وذلك بأن يأخذ من المال الشائع الذى له ملك فيه قبل أن يقسم ، ولكن كونه مالكا لجزء منه ملكية صحيحة قام سببها ولكن لم تتأكد بالقسمة بحيث لو مات قبل القسمة لا ينتقل الى ورثته على خلاف فقهى فى ذلك ، وبحيث لو هلكت الغنائم قبل القسمة أو استهلكت لا يطالب بنصيبه فيها — اعتبرت الملكية غير مستقرة أو انتفت الملكية وبقيت شبهتها ، وهى كافية لاسقاط الحد .

ومن هذا النوع من الشبهات اذا وطىء جارية يملك بعضها ، فان شبهة الملك فى هذه الحال تسقط الحد ، وروى بعض الفقهاء أن وطء المرأة المستأجرة على عمل يسقط معه الحد ، وقد روى ذلك عن أبى حنيفة وحكاه فى المغنى فقال :

وإذا استأجر امرأة لعمل فزنى بها ، أو استأجرها ليزنى بهـا وفعل ذلك ، أو زنى بامرأة ثم تزوجها فعليهما الحد ؛ وبهذا قال أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة : لا حد عليهما فى هذه المواضع ، لأن ملكه لمنفعتها شـبهة دارئة للحد ، ولا يحد بوطء امرأة هو مالك لها) .

وفى النقل عن أبى حنيفة فى مسألة المرأة المستأجرة خطأ ، لأن هـذا غير المنصوص عليه فى كتب الحنفية ، فقد جاء فى كتاب البدائع :

« ولو وطىء المستأجر جارية الاجارة والمستعير جارية الاعارة والمستودع جارية الوديعة يحد ، وان قال : ظننت أنها تحل لى ، لأن هذا ظن عرا عن دليل فكان فى غير موضعه فلا يعتبر » .

ومثل ذلك اذا زنى بامرأة ثم تزوجها أو جارية ثم اشتراها ، انما موضع الكلام اذا باع الجارية وقبل التسليم وطئها البائع فانه لا يحد ، لأن ملك الرقبة لا يزال قائما باليد ، وكذلك اذا زوج جاريته ثم وطئها قبل أن تزف الى الزوج فلا حد ، لأن شبهة الملك قائمة ببقاء اليد التى هى دليل الملك ظاهرا ، فاعتبر ذلك الظاهر شبهة فى الملك فتكون مسقطة للحد واذا كانت الجارية مرهونة فوطئها المرتهن أيكون ذلك زنا فى المذهب الحنفى روايتـان رواية تسقط الحد ، لأن العين المرهونة للمرتهن فيهـا شبهة ملك اذ أنهـا تباع فى سداد الدين اذا عجز المدين عن السداد ، وهذه الشبهة تثبت اذا ادعى الاشتباه وقال : ظننت أنها تحل لى فانه ظن يكون قائـما على دليل للملكية ان تقاعد عن اثبات الحل لا يتقاعد عن اثبات الشبهة ، وهذه الرواية جاءت فى كتاب الرهن فى الأصل ، والرواية الأخرى جاءت فى كتاب الحدود ، ومؤداها أن الحـد لا يسقط ، لأن الراهن للاستـيثاق من وفاء الدين ، ولا يثبت ملكية للمرتهن ، فان قال ظننت أنها تحل لى فهو ظن لا يقوم على دليل أو شبهة ملكية . اهـ .

وذكر هذه الأمثلة يوضح نوع الشبهة وان كان غير ذى موضوع لبطلان الرق بحكم الزمان واقرار قواعد الاسلام .

شبهة الحق

وذلك بأن يكون للمرتكب شبهة حق ولو بالاستصحاب ، وقد ضرب الأحناف لذلك مثلا وهو الدخول بالمطلقة طلقة مكملة للثلاث ، فان هذا الدخول لا يثبت معه الحد فى المذهب الحنفى ، اذ أن المرأة فى أصل خلقها أهل للزواج ولم يوجد سبب من أسباب التحريم يقوم بذاتها بل السبب أمر عارض ليس متصلا بأصل المرأة ، بقيت الاباحة الأصلية شبهة تمنع اقامة الحد ، ومن ذلك اذا عقد على أمة مع أن عنده حرة ، فان دخل فان الدخول يكون دخولا بشبهة مع أن العقد فاسد ، وكذلك اذا عقد على المرتدة ودخل بها فان العقد يكون فاسدا ولكن الشبهة ثابتة ، وهى ان لم تثبت الحل فقد أسقطت الحد •

وقالوا : ان وطء البائنة بينونة صغرى أو كبرى فى العدة لا يثبت الحد لأن فيه شبهة •

قال صاحب البدائع :

اذا وطىء المطلقة ثلاثا فى العدة فان النكاح قد زال فى حق الحل أصلا لوجود المبطل لحل المحلية ، وهو الطلقات الثلاث ، وانما بقى فى حق الفراش ، والحرمة على الازواج فقط ، فتمحض لوطء حراما فكان زنا فيوجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل ، لأنه بنى ظنه على نوع دليل ، وهو بقاء النكاح فى حق الفراش وحرمة الأزواج فظن أنه بقى فى حق الحل أيضا ، وهذا ان لم يصلح دليلا على الحقيقة يصلح دليلا اعتبر فى حقه درءا لما يندرىء بالشبهات ، وان كان طلاقها واحدة بائنة لم يجب الحد ، وان قال : علمت أنها على حرام ، لأن زوال الملك بالابانة مجتهد فيه لاختلاف الصحابة ، واختلافهم شبهة ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها فى العدة ذكر الكرخى أنه ينبغى أن يكون الحكم فيه كالحكم فى المطلقة ثلاثا وهو الصحيح ، لأن زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة ، فيجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه لما ذكرنا) •

وهذا النقل يستفاد منه أن الدخول بالمطلقات عند الحنفية ينقسم الى أربعة أقسام لكل منها اذا كان فى العدة :

(القسم الأول) اذا كان الطلاق رجعيا فهذا دخول بحق شرعى لا شبهة فيه ، لأن المطلقة طلاقا رجعيا الدخول بها فى أثناء العدة حلال ويعد رجعة وتحتسب الطلقة من الثلاث .

(القسم الثانى) اذا كان الطلاق بائنا وكانت الأولى أو الثانية ، فان الدخول يكون شبهة فى المحل ويسقط الحد ولو كان يعلم التحريم ، لأن الشبهة قائمة . وهى شبهة الحق باستصحاب حال الاباحة وبقاء فراش الزوجية ببقاء العدة ، وهى شبهة تسمى شبهة المحل ، وذلك لأن ايقاع الطلاق بلفظ بائن — قال الشافعية والحنابلة وبعض المالكية : انه طلاق رجعى كالسابق ، وقال الحنفية : انه بائن ولكن الوطء فيه بشبهة قوية .

(والقسم الثالث) الدخول بالمطلقة ثلاثا فى العدة ، فان بقاء الحل غير ثابت ولا شبهة فى الحل ، فلا تكون شبهة الا باشتباهه ، فاذا ادعاه فان الحد يسقط لما ساقه من دليل .

(والقسم الرابع) الطلاق على مال ، فانه يشبه الطلاق المكمل للثلاث من حيث انه مجمع على أنه بائن ، ولم يختلف فى ذلك فقهاء الأمصار ، ولم يختلف فى ذلك الصحابة ويشبه الحكم فيه حكم البائن بينونة صغرى من حيث انه من أقسامه ، والكرخى شبهه بالبائن بينونة صغرى ، والصحيح فى المذهب الحنفى هو الأول ، وهو أولى بالاتباع ومن الشبهة التى تعد شبهة حق من حيث ان له جانب حق فى الأمر ما يكون فى السرقة من أموال ذى الرحم المحرم غير الآباء ، فان ما أوجبه الله تعالى من صلة الرحم ايتاء ذى القربى قد أوجدت شبهة حق للأقارب بعضهم فى أموال بعض .

ومن ذلك السرقة من الأموال العامة كأموال بيت المال ، فان لكل مسلم فى بيت المال نوع حق ان كان لا يثبت الملكية فهو يثبت الشبهة المسقطة للحد وقد روى ذلك عن عمر وعلى ، وبه قال الشعبى ، وأبو حنيفة وأصحابه

والشافعى ، وقال مالك رضى الله عنه : ان هذا الحق لا ينهض شبهة ، لأنها سرقة داخلة فى عموم النص القرآنى •

ومن ذلك أيضا اذا سرق أحد الزوجين من الآخر اذا كان المال فى حرز مثله وكذلك لا يقطع الولد اذا سرق من مال أبيه لأن له نوع حق يسقط الحد وان كان لا يثبت الملك •

والقسم الرابع من الشبهات التى تتعلق بالركن و هى شبهة الصورة ؛ وتحقيقها أن صورة العقد فى الزواج ولو كانت المرأة حراما على الزوج حرمة ثابتة بالاجماع ، تكون شبهة مسقطة للحد ، ولو كانت التحريم على وجه التأبيد لأن صدور العقد من أهله ان لم يكن مثبتا للحل هو مثبت للشبهة المسقطة للحد ، وذلك يتحقق بوجود صورة العقد وقد حرر الكاسانى فى البدائع رأى أبى حنيفة فقال :

(والأصل عند أبى حنيفة عليه الرحمة أن النكاح اذا وجد من الأهل مضافا الى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد ، سواء أكان حلالا أم كان حراما ، وسواء أكان التحريم مختلفا فيه أو مجمعا عليه ، وسواء أظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمة ، والأصل عندهما — أن النكاح اذا كان محرما على التأبيد أو كان تحريمه مجمعا عليه يجب عليه الحد ، وجه قولهم : ان هذا نكاح فى غير محله فيلغو ، ودليل عدم المحلية أو محل النكاج هو المرأة المحللة لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) والمحارم محرمات على التأبيد لقوله تعالى : (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم الآية) الا أنه اذا ادعى الاشتباه وقال : ظننت أنها تحل لى سقط الحد ، لأنه ظن أن صيغة النكاح من الأهل فى المحل دليل الحل ، فاعتبر هذا الظن فى حقه — وان لم يكن معتبرا حقيقة — اسقاطا لما يدرأ بالشبهات ، وان لم يدرأ خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد • وجه قول أبى حنيفة أن لفظ النكاح صدر من أهله مضافا الى محله ، فيمنع وجود الحد كالنكاح بغير شهود ، ونكاح المتعة ، ولا شك فى وجوب لفظ النكاح والأهلية • والدليل على المحلية أن محل النكاح هو الأنثى من بنات آدم عليه السلام النصوص والمعقول ، أما

النصوص كقوله تعالى : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وقوله تعالى : (خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها) وقوله تعالى (وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى) جعل الله سبحانه وتعالى النساء على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجية ، وأما المعقول فلأن الأنثى من بنات آدم عليه السلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين وغيرها فكانت محلا لحكم النكاح لأن حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود من التصرف ، فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوسل ، الا أن الشرع أخرجها من أن تكون محلا للنكاح شرعا مع قيام الحلية حقيقة .

فقيام صورة العقد والمحلية يورث شبهة ، اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت . أو نقول وجد ركن النكاح والمحلية على ما بينا ففات شرط الصحة فكان نكاحا فاسدا ، والوطء في هذا النكاح الفاسد لا يكون زنا بالاجماع : وعليه ينبغي أن يعلل فيقال : هذا الوطء ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياسا على النكاح بغير شهود وسائر الأنكحة الفاسدة) .

وخلاصة هذا الكلام أن المذهب الحنفي فيه رأيان في كون صورة العقد شبهة :

(أحدهما) : رأى الصاحبين أن صورة العقد لا تكون شبهة الا اذا كان في العقد عليها خلاف ، وكان التحريم على التوقيت ، أما اذا كان التحريم على التأبيد أو كان العقد من حيث البطلان محل اجماع كنكاح من هي في عصمة غيره ، فانه لا شبهة في صورة العقد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل ، فانه في هذه الحالة تكون الشبهة ، ولا تكون في المحل ، ولكن تكون من قبيل الشبهات بسبب الجهل (والرأى الثانى) : وهو رأى أبي حنيفة أن صورة العقد بذاتها تكون شبهة ، سواء أكان فساد العقد موضع اتفاق أم لم يكن ، وسواء أكان التحريم محل اجماع أم جرى فيه الخلاف ، وسواء أكان على وجه التأبيد أم كان على وجه التوقيت ، بيد أنه اذا كان التحريم محل خلاف ولم يكن على وجه التأبيد كان مع شبهة الصورة شبهة المحل أو شبهة الدليل ، فتكون شبهة أقوى من مجرد الصورة . والخلاف هنا

لا جدوى منه. وانما يكون الخلاف لو كان الاشتباه فى غير دار الاسلام ، ومن ثم لا يقبل هذا الاشتباه فى دار الاسلام ، لأنه أمر معلوم من الدين بالضرورة . فهل يقبل من يقول : ان أمه كان لا يعلم أنها حرام عليه أو أن أخته مشتبه فى حرمتها عليه ، وقد يقبل ذلك فى الرضاع ، والجمهور على قبول الشبهة فيه اذا كان الأمر محل خفاء .

ولذلك نرى قول الذين يقولون : ان صورة العقد غير مقبولة بالنسبة للنكاح المجمع على بطلانه ، والمحرمات المجمع على تحريمهن ، وذلك قول المالكية والشافعية والحنابلة ، وقد ذكر صاحب المغنى الخلاف فى القضية وذكر أدلة أبى حنيفة بقريب مما ساق الكاسانى ، وقرر مذهب الذين قرروا اقامة الحد مطلقا من غير أن يقبل قول من ادعى الاشتباه فقال فى حجته يعنى المغنى : (ولنا أنه وطء فى فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطىء من أهل الحد عالم بالتحريم فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد . وصورة المبيح انما تكون شبهة اذا كانت صحيحة والعقد هنا باطل محرم ، وفعله جناية تقتضى العقوبة انضمت الى الزانى ، فلم تكن شبهة كما لو أكرهها ثم زنى بها .

وهذا الكلام يفيد أنه يعتبر ذات العقد جريمة تضاف الى جريمة الزنا ، ولا يعتبره مسوغا لاسقاط حد الجريمة ، وكيف يقدم رجل يعرف أن ابنته محرمة عليه ويعقد عليها ، ويعتبر هذا العقد الاجرامى مسقطا لعقوبة جريمة الزنا .

الشبهة بسبب الجهل

الجهل بالأحكام الشرعية بشكل عام يكون مسوغا للافلات من أحكامها ، وكذلك الشأن فى القوانين الوضعية بيد أنه يلاحظ أمران :

(أولهما) : أن العلم قد يكون طريقه صعبا ، فيعد الجهل فى هذه الحالة عذرا مسوغا لاسقاط العقوبات المغلظة وتحويلها الى عقوبات مخففة نسبيا ، كالجهل ببعض أحوال جرائم الحدود ، فان ذلك الجهل قد يسوغ

الإنتقال من عقوبة الحد الى غيره ، وهذا النوع من الجهل هو الذى يحدث الشبهة المسقطة للحد فى بعض الأحوال على ما سيأتى •

(ثانيهما) : أن الجهل بالأحكام الشرعية فى ذاته لا يجوز الا فيما تصعب معرفته ، فالجهل ببعض الأحكام لا يسوغ ذات الجهل به ، وبالتالى لا يعد عذرا مسوغا لاسقاط الأحكام ، أو لاسقاط عقوباتها ، اذ الجهل ذاته ذنب لا يستساغ ، وذلك كالجهل بالصلوات الخمس ، وكالجهل بالمحرمات الشرعية الثابتة بدليل قطعى لا شبهة فيه ، وقد قسم الشافعى العلم الى قسمين : (أحدهما) علم بالأمور القطعية ، ويسميه علم العامة ، أى العلم الذى يجب أن يعلمه المسلمون كافة من غير استثناء ، لا ينفرد به خاصتهم ولا يعذر فى الجهل عامتهم ، وذلك مثل الصوم والحج والزكاة ، وتحريم القتل والزنا والسرقة والخمر ، وما كان فى معنى ذلك مما كلف العباد أن يعلموه ويعملوا به ، وهذا الصنف من العلم هو ما ثبت بالنص القرآنى أو الحديث النبوى وأجمع عليه المسلمون ، ويسمى (ما علم من الدين بالضرورة) وهو اطار الاسلام الذى يعد من علم به مسلما •

(والقسم الثانى) : قال فيه الشافعى : انه ما ينوب العباد من فروض الفرائض وما يخص به الأحكام مما ليس فيه نص من كتاب ولا فى أكثره نص سنة) وما كان منه يحتمل التأويل أو يثبت بالقياس • ويقول فى هذا القسم : (هذه درجة من العلم ليس تبلغها العامة ولم يكلفها الخاصة ، ومن احتمل بلوغها من الخاصة لا يسعهم كلهم أن يعطلوها ، واذا قام بهم من خاصتهم من فيه الكفاية لم يحرج غيرهم ممن تركها ان شاء الله والفضل فيها لمن قام بها على من عطلها) •

اذا ثبت هذا فانه لا يسوغ لمسلم ولا ذمى يقيم فى دار الاسلام أن يدعى الجهل بحرمة الزنا والقتل ، فلا عذر فى الجهل بأصل التحريم ، ولا يعد الجهل بأصل التحريم شبهة تسقط العقوبات المقدرة ، فاذا ادعى مسلم أنه يجهل تحريم الزنا ، لا يعد ذلك شبهة بل يعد جريمة بجوار جريمة

الارتكاب وذلك اذا كان يقيم فى عمران المسلمين ، ولم يكن حديث عهد بالاسلام ، أما اذا كان كذلك فان مظنة الجهل تجعل ادعاءه مصدقا •

ولذلك نقسم الجهل بالقسم الأول من الاسلام قسمين : جهل حيث لا مظنة للجهل ودعواه على هذا لا تسمع ، فلو ادعى مسلم مقيم فى عمران المسلمين أنه تجهل تحريم الزنا وارتكبه لا يكون جهله عذرا ولا يكون شبهة وان كانت مظنة الجهل ثابتة كأن يكون حديث الاسلام أو انتقل من دار الحرب الى دار الاسلام فانه يعذر بجهله ويكون شبهة وقد قال فى المغنى : ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا قال عمر وعثمان وعلى : لا حد الا على من علمه ، وبهذا قال عامة أهل العلم ، فان ادعى الزانى الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهل كحديث العهد بالاسلام ، والناشىء ببادية قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقا ، وان كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشىء بين المسلمين وأهل العلم لم يقبل منه ، لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد كذبه ، وان ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله ، لأن عمر قبل قول المدعى الجهل بتحريم النكاح فى العدة ، ولأن مثل هذا يجهل كثيرا ، ويخفى على غير أهل العلم ويعد الجهل بالأحكام الشرعية الفرعية عذرا يصدق صاحبه ، وهذا الجهل من القسم الثانى فى تقسيم الشافعى • بيد أنه لكى تنسق الأحكام نقول : أنه اذا ادعى الجهل ببطلان النكاح وكان سبب البطلان أمرا ثابتا بالنص أو الاجماع فانه يجب أن يطبق الكلام فى النوع الأول من العلم : فمثلا ليس يعيش فى الديار الاسلامية ونشأ وتربى بين المسلمين أن يدعى الجهل بأن العقد على أمه أهو حلال أم حرام ؟ وقد يدعى الجهل ببعض أحكام العدة • ولا يعذر فيه المسلمين بالجهل فيما هو مقرر من أحكام العقوبات فى ظل الدولة الاسلامية التى لا تفرق بين مسلم وغيره فالذمى يعلم حرمة الزنا ويعلم حرمة السرقة وأن فيها قطع اليد فلا عذر له • أما القسم الثانى فهو الجهل فيما يحتاج الى نظر وقد ذكروا من هذا النوع من الجهل البغى وهو أن يخرج شخص على الحاكم العادل بتأويل فى الخروج عليه ، لأنه يرى أنه لم يقم الحق ، أو سن من النظم ما يظنه غير شرعى ، فهل يعد جهل الذى يخرج على الحاكم بقوة

ومنعة مع تأويل فى الخروج عذرا يسقط عنه العقاب فى بعض ما يرتكب ، فاذا تكونت له حوزة وقتل بعض الجند ثم قدر عليه الحاكم العادل أيحاسبه على ما ارتكب فى الحرب ، ولو كان بجهالة فى التأويل ، فاذا قتل يقتل ، واذا جرح يقتص منه ؟ قال أبو حنيفة وأصحابه : لايحاسبون على ما ارتكبوا ما دام بتأويل ، لأنه بخروجه بهذا التأويل أصبح غير داخل فى ولاية الامام ، ولا قصاص ولا عقاب الا بوجود الولاية • وقال جمهور الفقهاء : الجهل فى هذه الحال لا يسقط العقاب ، لأن الباغى مسلم يلتزم بأحكام الاسلام ، وهو بهذا الاعتبار فى ولاية الامام العادل وتحت سلطانه ، فلم تسقط الولاية عنه بخروجه ، ولا شك أن اتلاف الأموال والأنفس لا يجوز بحال من الأحوال ، لأنها محرمات ثابتة بالقرآن والسنة واجماع المجتهدين ، فالانتقاض على النظام الثابت بالبغى لا يسقط الأحكام المقررة الثابتة ، ثم ان البغى فى ذاته اثم كبير ، والاثم لا يبرر اسقاط الجرائم ، بل المعقول أنه يضاعفها •

(القسم الثالث) جهل يكون عذرا وهو جهل يكون فيه تعارض الأدلة المبيحة والأدلة المحرمة ، وان كانت مرجوحة ، أو تكون أسباب العلم غير متوافرة ، و هذا النوع من الجهل يشمل ثلاث شعب :

(أولاها) أن يكون الأمر موضع اجتهاد وتنازعه دليلان ، وهو غير القسم الثانى السابق ، لأن الأول له دليل قرآنى واحد أو حديث واحد ، وطبق النصوص فى غير موضع التطبيق ، فهو سوء تأويل للنص وسوء تطبيق له • أما هذه الشعبة فانه يتنازع دليلان ، دليل مانع ودليل مبيح وأحدهما أرجح وأقوى فيتبع ، والثانى : دونه فلا يتبع ، ولكن يعمل الثانى ، وقد تكلمنا عن هذا النوع من الجهل وقلنا : انه شبهة وهو داخل فى الشبهة التى تعترى الركن كما بينا من قبل ، (الشعبة الثانية) : لا تتوفر أسباب العلم وذلك كالجهل بالعلاقة المحرمة بينه وبين من عقد عليها كمن يعقد على امرأة ثم يتبين بعد الدخول أنها أخته رضاعا أو أخته نسبا ، فان هذا النوع من الجهل يوجد شبهة قوية تسقط الحد وتمحو وصف الجريمة ، لأنه لا سبيل له لأن يعلم واقعة الرضاعة اذ كانت هى وهو غير أهل للعلم ،

ولا سبيل له لأن يعرف من أقوال ذويهما ، وقد ضنوا بالعلم فكان معذورا ومن ذلك ما اذا شهد اثنان لامرأة بأن زوجها قد مات ، فعقد عليها وهو يعتقد صدقهما وتعتقد هي الأخرى صدقهما ، فانه اذا حصل دخول يكون معه شبهة قوية تسقط الحد ، وتزيل وصف الجريمة ، اذ هو جهل بسبب التحريم ، وهو معذور بسبب شهادة الشهود ، ومن ذلك امرأة المفقود اذا حكم بموته فتزوجت بعد انتهاء عدتها وكان الدخول بها ثم تبين انه حي ، فان الدخول لا يكون زنا ، لعذرها بعدم توافر أسباب العلم ، وقرر الحنفية أنها تكون لزوجها الأول ، وقرر المالكية أنها تكون للثاني ان دخل بها • ويترتب على وصف الجريمة أنه يسقط الحد ويثبت المهر ، وتجب العدة ويثبت النسب • (والشعبة الثالثة) أن تقوم أسباب العلم ، ولكن مع هذا يكون الجهل أو يدعى الجهل ، وهذه الحال حيث لا تتعارض الأدلة مع توافر أسباب العلم • وهذه الشعبة يتفرع عنها أمران (أحدهما) أن يكون ادعاء الجهل مع مظنته ، وقلنا : ان هذا الجهل شبهة ومن يدعيه لا يكذب فى ادعائه فتكون الشبهة وقد أشرنا الى ذلك من قبل •

(والثانى) ألا تكون مظنة للجهل كالمسلم فى الديار الاسلامية اذا ادعى الجهل فى المحرمات على وجه التأبيد أو زواج المسلمة بغير المسلم فان ذلك يتناول أمرين : (أولهما) أن يكون التحريم ثابتا بنصوص من القرآن والسنة ، وانعقد الاجماع على التحريم ومع مظنة الجهل •

(الأمر الثانى) أن يكون التحريم ليس محل اجماع كالزواج من الأخت فى عدة أختها فان بعض الصحابة وعلى رأسهم عمر رضى الله عنه لم يعتبر ذلك محرما وصحح العقد ، وكزواج خامسة فى عدة رابعة مطلقة طلاقا بائنا ، فان حل ذلك موضع خلاف • ومثل ذلك الشبهات التى تثبت بالاستصحاب كالعقد على المطلقة طلقة مكملة للثلاث ، فان ادعاء الجهل فى كل هذا يكون شبهة ، بل انه فى الحقيقة توجد فى هذه الحال شبهة فى الركن •

(القسم الرابع) هو الجهل بالأحكام الاسلامية فى غير الديار الاسلامية

والعلم فيها غير متيسر ومظنة الجهل ثابتة دائما • وقد جاء في كتاب كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام (والفرق بين هذا القسم الرابع) والقسم الثالث أن هذا القسم مبنى على عدم الدليل والثالث مبنى على اشتباه ما ليس دليلا ، لذا فعل • فالجهل فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر يكون عذرا فى الشرائع ، حتى لو مكث مدة لم يصل فيها أو لم يصم ولم يعلم أن عليه الصلاة والصوم لا يكون عليه قضاؤهما • وقال زفر رحمه الله : يجب عليه قضاؤهما ، لأنه بقبول الاسلام صار ملتزما بأحكامه ولكن قصر عنه خطاب الأداء لجهله به ، ولذلك لا يسقط الأداء بعد تقرير السبب الموجب كالنائم اذا استيقظ بعد مضى وقت الصلاة ، ونحن نقول : ان أمر الخطاب النازل فى حقه لعدم بلوغه اليه حقيقة بالسماع حقيقة ولا تقديرا باستفاضته وشهرته ، لأن دار الحرب ليست بمحل استفاضة أحكام الاسلام فيكون الجهل بالخطاب عذرا ، لأنه غير مقصر فى طلب الدليل ، وانما جاء لجهل من قبل خفاء الدليل فى نفسه حيث لم يشتهر فى دار الحرب بسبب انقطاع ولاية التبليغ عنهم •

هذا وشبهات الجهل ليست فى درجة واحدة بل انها مراتب كما أشرنا فى مطوى الكلام :

(أ) ذلك أن من الشبهات ما يكون الجهل قويا ثابتا ، اذ لا سبيل الى العلم ولا الى مظنة العلم ، وهذا مثل الذى بينه وبين من عقد عليها سبب من أسباب التحريم وهو لا يعلمه وما كان يمكنه علمه ثم بعد الدخول بها يعلم ذلك السبب ، فان هذا يحدث شبهة قوية ولذلك لا يوصف الفعل بأنه زنا ولا يجب الحد ولا يعزر ، فلا عقاب لأن الجهل جهل بأمر لم يشتهر ويعرف بين الناس فهو كالجهل فى غير دار الاسلام ، بالنسبة لأصل التحريم ، واذا كان الفعل لا يوصف بأنه زنى فان النسب يثبت • وقريب من هذا من تزف اليه زوجته فيدخل بها ثم تتبين له الحقيقة فان أسباب العلم عنده غير متوافرة ، ويروى فى ذلك أن أبا حنيفة (رض) جاء اليه أخوان زفت الى كل واحد منهما زوجة أخيه فحكم بأنه لا زنا من أحدهما وحل

الاشكال بأن جعل كل واحد يطلق من عقد عليها ويعقد من جديد على التى دخل بها .

وهذا هو أيضا حكم الجهل بالدليل الصحيح حيث تتنازع الأدلة بين راجح ومرجوح .

(ب) وهناك جهل ضعيف وهو الجهل فى مظنة العلم كمن يدعى فى دار الاسلام أنه يجهل المحرمات فان الشبهة هنا تكون ضعيفة مثل من يدعى الجهل بالتحريم بالرضاعة ويعقد على امرأة اجتمع معها على ثدى واحد فان هذا جهل فى مظنة المعرفة اذ هو يقيم بين المسلمين ويسمع القرآن ويعرف الأحكام أو يطلب معرفتها فكان الجهل محدثا لشبهة ليست فى قوة الشبهة الأولى .

ولذلك قرر الفقهاء أن هذه شبهة اشتباه وقالوا : ان العذر فيها ليس بإثم الا أنها تدرأ الحد .

والفرق بين هذا النوع من الجهل وسابقه أن الشبهة التى تحدث من النوع الأول تزيل وصف الزنا ، ولذلك لا يكون عقاب ، ولو كان عقابا تعزيريا اذ أن العذر قائم بالجهل والعذر ثابت فى الجهل ، أما النوع الثانى فانه يسقط الحد ولا يمحو وصف الزنا ، ويجب أن تكون له عقوبة وهى التعزير ، لأنه اذا كان الجهل عذرا فكفاه أنه أسقط الحد ولكن لا عذر فى هذا الجهل اذا كان العلم ثابتا قائما ، فيعذر لتقصيره فى طلب العلم وهو على مقربة منه كمن تيمم والماء منه قريب .

على أن من الفقهاء كثيرين لم يصدقوه فى ادعاء الجهل ، وبالتالى لا يكون عذرا ولا شبهة .

الشبهة فى الاثبات

الشبهتان السابقتان كانتا تتعلقان بالجريمة وصاحبها من حيث انه ركن من أركانها أو كان ارتكب معذورا للجهل بالدليل أو الجهــل بالحكم فى موضع يظن فيه الجهل أو فى حال يكون الجــاهل فيها غير مؤاخذ لجهله ، اذ لم تستفض احكام الاسلام فى موضع اقامته أما الشبهة التى هى طرفه اثباتها أمام القضاء فلابد من أدلة قاطعة لدى القاضى بقدر ما يتحقق به القطع الممكن عند انسان من الناس يقضى بينهم ، وأن تكون الأدلة القــاطعة فى الاثبات مستمرة على معنى القطع من التقدم بها الى الحكم بل بعض الفقهاء قال باستمرار معنى القطعية الى وقت التنفيذ ، فلابد فى الاثبات من بقــاء القطعية فيه مستمرة فى أمور ثلاثة فى أدائه فتكون ألفاظه قاطعة فى الدلالة على المعنى ، وأن تكون فور ارتكاب الجريمة أو لم يتراخ بين التحمــل والأداء زمن طويل ، وأن يستمر الذين أدوا الشهادة أو أقروا على أقوالهم الى أن يكون التنفيذ .

أما القطع فى الدليل الأول المقدم للاثبات فقد قرر الأئمة الأربعة وغيرهم من فقهاء الأمصار أن تكون عبارات الشاهد صريحة فى الدلالة على الجريمة، حتى أن بعضهم قال : انه لو قال فى الشهادة على الزنا انه يطؤها ولم يقــل يزنى بها كان شبهة فى الدلالة على الزنا ، اذ الوطء وحده لا يثبت به الزنا فلابد أن يكون الوطء أو الجماع حراما ، و مثله الأمر فى السرقة ، وفى الشرب ، وفى القذف قال ابن قدامة فى الشرط السادس من شروط الشهادة : (أن يصفوا الزنا فيقولون رأينا ذكره فى فرجها كالمرود فى المكحلة ، والرشا فى البئر ، وهذا قول معاوية بن أبى سفيان ، والزهرى والشافعى وأبى ثور ، وابن المنذر وأصحاب الرأى ، لما روى فى قصة ماعز أنه لما أقر عند النبى صلى الله عليه وسلم بالزنا قال له : أنكتها ؟ قال : نعم فقال عليه السلام : حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها كما يغيب المرود فى المكحلة والرشــا فى البئر ؟) ولذلك حد عمر بن الخطاب الشهود الثلاثة الذين شهدوا بالزنا على المغيرة بن شعبة كما شهد زياد بن أبيه وقد كان الرابع ، ولم يصرح بمــا يجب التصريح به .

ولقد قرر الفقهاء أنه لكى تكون الأدلة قاطعة فى الاثبات لابد أن يذكر الشهود مكان الجريمة ووقتها ، فاذ اختلفوا فى ذلك سقطت الشهادة ، وسقط الحد معهم ، واذا كانت الشهادة على الزنا فانه يقام عليهم حد القذف لاختلاف شهادتهم وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال غيرهم : لا حد عليهم ولعل القائلين بعدم الحد عليهم لهم أصل قوى يعتمدون عليه من حصول شبهة مسقطة لحد القذف مثل اتفاق ثلاثة على قول واحد ، وقد يكون اثنان كافيين فى نصاب الشهادة فى الدماء والأموال وكون الشاهد الرابع جاءت شهادته غير صريحة ولكنها غير مكذبة للثلاثة ، وكون المشهود عليه لم يحد فكيف يحد الشهود لاضطراب فى شهادة واحد منهم ؟ .

ويقول أبو زهرة رحمه الله : ولعل أصحاب القول باقامة الحد عليهم أرادوا أن يكون الشهود نزهاء نزاهة كاملة ، فلا ينطقون بهذه الشهادة الا اذا كانوا يقطعون ، ويؤيدهم من يقطعون مثلهم كما فعل الامام عمر مع الثلاثة الذين صرحوا مع أن زيادا لم يكذبهم ، بل أيدهم ولكنه عرض ولم يبين ، وان كان تعريضه يشبه التصريح ، بل لعله تصريح ، وان لم يعتبره الامام العبقرى .

وقد أوجبوا فى السرقة أن يسأل الشاهد عن الواقعة ويبين بيانا كاملا الطريقة التى أخذ بها المسروق لاحتمال عدم الخفية ، ولاحتمال عدم الحرز ، ولاحتمال انتقاله من الحرز الى الخارج ، ولاحتمال ألا يكون المكان حرزا ولاحتمال أن يكون الزمان قد مضى بالتقادم فسقط الحد ، ولاحتمال أن يكون المسروق نصابا ، ولاحتمال أن يكون بين السارق والمسروق منه علاقة تسقط الحد ، ولاحتمال ألا تكون الملكية غير تامة .

ولتأكيد معنى اليقين أن يصدر شهادته بقوله : أشهد وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وأحمد وغيرهم ، وقال مالك : لا يشترط التلفظ بأشهد .

دليلنا : أنه الصيغة الشرعية الدالة على المعاينة ، وعلى اليقين فى أداء الشهادة ، وهو فوق ذلك يتضمن معنى اليمين ، فلا يقوم مقامه غيره من

الألفاظ ، لأنها دونه فى الدلالة على القطع واليقين ، ولا يعـدل عن لفظ شرعى قوى فى دلالته الى ما دونه فى الحدود التى تسقطها الشبهات •

وقال ابن قدامة : (واذا شهد أربعة على امرأة بالزنا فشهد ثقـات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا على الشـهود ، وبهذا قال الشـافعى والثورى والشعبى وأبو ثور : وقال مالك : عليها الحد ، لأن شهادة النساء لا تدخل فى الحدود ، فلا تسقط بشهادتين •

دليلنا أن البكارة تثبت بشهادة النساء ، ووجودها يمنع من الزنا ظاهرا ، لأن الزنا لا يحصـل بدون الايلاج فى الفـرج ، ولا يتصـور ذلك مع بقاء البكارة ، واذا انتفى الزنا لم يجب الحـد كما لو قامت البينـة بأن المشهود عليه بالزنا مجبوب ، وانما لم يجب الحد على الشهود لكمال عددهم مع احتمال صدقهم فانه يحتمل أن يكون وطئها ثم عادت اليها عذرتها (١) ، فيكون ذلك شبهة فى درء الحد عنهم ، فان الحد لا يجب بالشبهات ، ويجب أن يكتفى بشهادة امرأة واحدة ، لأن شهادتها مقبولة فيما لا يطلع عليـه الرجال • فأما ان شهدت بأنها رتقاء أو ثبت أن الرجل مجبوب فينبغى أن يجب الحد على الشهود ، لأنه تيقن كذبهم فى شهادتهم بأمر لا يعلمه الناس فوجب عليهم الحد قلت : ومن هنا لو ثبت الكذب من غير احتمـال بأن ثبت أنها رتقاء لا يمكن أن يصل اليها زان ، أو ثبت أنه مجبوب فان كذبهم فى هذه الحال يكون مؤكدا ، فيحدون ولا يكون المانع من اقامة الحد فى هذه الحال الشبهة الدارئة ، بل يكون المانع هو بطلان الدليـل على الزنا بطلانا قاطعا •

أما الجزء الثانى من شبهات الاثبات فيجب أن يستمر قائما بوصفه اثباتا قطعيا حتى يوجد الحكم وينفذ فيسقط الحد اذا رجع الشهود فى الشهادة ولو كان بعد الحكم ما دام الحد لم ينفذ وكذلك اذا كان طريق الاثبـات الاقرار ورجع المقر عن اقراره قبـل اقامة الحد فاذا شـهد شهود بالزنا ثم

---

(١) ان بعض النساء تكون عذرتها لدنة تتمدد وتنكمش كالمطاط ، ولا تفض الا بالجراحة الطبية ، وقد تعيش دهرا على ذلك يطؤها زوجها ولا تحمل واذا حملت تكون ولادتها عسرة •

رجعوا فى شهادتهم قبل التنفيذ فان حد الزنا لا يقام ، ويحدون هم حد القذف ان لم تكن شبهة تمنعه هو لآخر . واذا رجع المقر عن اقراره بالسرقة أو الزنا ولم يكن ثمة اثبات سوى الاقرار فان الحد لا يقام لمقام الشبهة فى الاثبات أو بالأحرى لسقوط الدليل على الاثبات .

الشبهة بسبب التطبيق للنصوص

رأينا كيف ضيق التطبيق حتى اننا رأينا وقائع ينطبق عليها وصف الجريمة ومع ذلك لم يقم الحد لشبهة الشمول ، فوجدنا أن السارق اذا كان ضعيفا لا يقام عليه الحد ، ووجدنا أنه اذا لم يصرح الشهود أو المقر فى جريمة الزنا بالعبارات الدالة عليه من غير أى احتمال ، فان الحد لا يقام مع وضوح أن الجريمة واقعة ، والأدلة عليه قائمة ، وان هذه بلا ريب شبهات تتعلق بتطبيق النصوص . وقد رأينا القياس لا يثبت حدا ، ولو كان القياس واضح العلة والدليل وكل هذا لأن الشبهات تمنع ، ونرى أن التطبيق يضيق فى مسائل كثيرة لدرء الحد بالشبهات ما أمكن ومن ذلك ما يأتى :

(أ) فى الزنا اذا لم تكن العبارة من المقر أو الشاهد مفيدة أنه يضع قبله فى قبلها كما يوضع الميل فى المكحلة لا يقام الحد ، لحدوث شبهة فى انطباق النص على الواقعة .

(ب) وبالنسبة لحد القذف قرر أبو حنيفة والشافعى وكثيرون من الحنابلة أنه لا يقام الحد بالتعريض ولو كان التعريض واضحا يفهم منه الرمى بالزنا بأدنى تأمل ، بل بغير تأمل ، وذلك لكيلا يقام حد مع وجود شبهة دارئة ولو كانت ضعيفة .

(جـ) وبالنسبة للعان قرروا أنه لا لعان بالنسبة لمن يرمى زوجته اذا كانت غير مسلمة أو كانت قد وقعت منها جريمة الزنا وأقيم عليها حده ، مع أن موجب اللعان ثابت بالنص وبذلك قال بعض الفقهاء .

(د) وبالنسبة لحد السرقة نجد التطبيق يضيق كثيرا بالشبهات ومن ذلك :

(أ) أن كثيرين منهم لم يطبقوا حد السرقة على من يأخذ من بيت المال خفية لشبهة الحق •

(ب) وان من الفقهاء من لم يطبق حد السرقة على من يأخذ مالا من الغنيمة قبل قسمتها لشبهة الملك •

(جـ) والأكثرون من الفقهاء على أن السرقة من ذى الرحم المحرم لا يقام بها الحد لشبهة الحق •

(د) وقد قرر الجمهور من الفقهاء أن الحد لا يقام فى سرقة أحد الزوجين من الآخر ، لأن الحرز ليس ثابتا •

(هـ) ومن ذلك أن الحنابلة قرروا أنه لا يطبق حد السرقة اذا كانت سرقة طعام فى مجاعة ، وأخذوا ذلك من عمل سيدنا عمر رضى الله عنه عندما سرق غلمان خاطب بن أبى بلتعة ناقة وجزروها وشووها ، وكان ذلك عام الرمادة •

ان الحدود عقوبات غليظة والعقوبات الغليظة شرعت للترويع وافزاع المجرمين ، فيكون تطبيقها فى أضيق دائرة ، وتكون شرعيتها وحدها كافية لافزاع المجرمين وترويعهم ، والزنا والرقة جريمتان تقعان فى بقية والارهاب فى هذه الجرائم واجب لكى يمتنع الناس عنها ، ويبتعدوا عن مواطنها لتصورهم غلظ العقوبة • وهذا التصور يكفى لابعاد الكثيرين •

مراتب الشبهات

وان الشبهات ليست فى مرتبة واحدة فى القوة ، فمنها شبهات قوية ، ومنها شبهات ضعيفة ، ويصح لهذا أن نقسمها من حيث آثارها الى قسمين شبهات قوية تمحو وصف الجريمة ، ويترتب على محو وصف الجريمة سقوط العقوبة حتما ، وشبهات ضعيفة لا تمحو وصف الجريمة ولكنها فقط تسقط الحد •

ان الشبهات التى تتعلق بالدليل كلهـا شبهات قوية لأن أساسها أن التحريم فى بعض الأنظار غير ثابت ، وكذلك التى تتعلق بالملك ، فمن أخذ مال ابنه تكون الشبهة قوية بحيث يمحى وصف السرقة ، ومن دخل بجارية ابنه لا يعد عمله زنا لشبهة الملك ، ومن دخل فى نكاح اختلف فى فساده تعد الشبهة قوية ، الدليل من حكم الصحة وهكذا نستطيع أن نقول : ان شبهة الدليل وشبهة الملك شبهتان قويتان تمحوان وصف الزنا •

وأما شبهة الحق فعلى حسب قوة الحق يكون مقدار الشبهة ، فمن أخذ حقه فى الغنيمة قبل القسمة تكون شبهته قوية تمحو وصف السرقة ، ولكن يكون هنـاك فعل لا يوصف بالاباحة لأن فى ذلك شـبهة غلول والغلول ممنوع ، ولأن النظام يقتضى أن يتولى ولى الأمر أو من ينيبه توزيع الحقوق واعطاء كل ذى حق حقه واذا كان الحق غير قوى كحق ذى الرحم المحرم فى مال محرمه فانه حق ليس بقوى ، وفى هذه الحال لا تكون الشبهة قوية بل تكون شبهة ضعيفة لا تمحو وصف السرقة •

وأما الشبهة التى يكون منشؤها الجهل فانها تختلف باختلاف مظنـة الجهل • فاذا كانت هناك مظنة جهل قوية كأن يكون المرتكب للحرام فى غير دار الاسلام وقد أسلم فيها ، فان مظنة الجهل قوية فتكون الشـبهة قوية ، فان مظنة الجهل بالتحريم قائمة وثابتة ، ومثله من أسلم حديثا فى دار الحرب فأولى أن لا تقام عليه الحدود ، ومن ذلك ما اذا كان مسـلما ولكن فى بادية يجهل المحرمات ، ويكون ادعاؤه الجهل فى موضعه ، كمن يدعى الجهل بالمحرمات بسبب الرضاع ، وهو فى بادية يعيش بعيـد عن العمران الاسلامى ، فان مظنة الجهل بالتحريم قائمة وثابتة ، ومثله من أسلم حديثا فى دار الاسلام وعمران المسلمين •

هذا كله اذا كان الجهل بأصل التحريم فى الأمور الكلية ، أما اذا كان الجهل بالتحريم فى فروع جزئية كالجهل بعدد الرضعات المحرمة فان ذلك جهل هو محل عذر دائما ، فتكون الشبهة قوية وقد قرر الشافعى أن العلم بالفروع مما يسع المسلم جهله •

واذا كان الجهل ليس بأصل التحريم ، بل بسبب التحريم ومظنة الجهل قائمة كالجهل بوجود العلاقة المحرمة كمن يتزوج امرأة لا يعلم بأنها أخته من الرضاعة ، ولم يوجد من يعلمه ثم علم بعد ذلك فانه جهل يعذر به ، وان الشبهة التى تكون بسبب جهل لا يعذر فيه الجاهل تكون ضعيفة •

وكل شبهة الاثبات اذا كان الاثبات من عدول ، فانه يعد من قبيل الشبهة الضعيفة ، والشبهة الضعيفة لا تمحو وصف ، وكذلك شبهة التطبيق فاذا سقط الحد عن نباش القبور عند الذين يقررون سقوطه بهذه الشبهة تكون الشبهة ضعيفة ، ولا تكون الشبهة قوية ، والضيف اذا سرق من المضيف ، وسقط لشبهة عدم تحقق الحرز ، فان الشبهة تكون ضعيفة •

آثار الشبهة

ان الشبهة القوية تمحو وصف الجريمة ، فلا يكون الفاعل قد ارتكب حراما ، بل تكون الحرمة فيه صورية ويكون فى مرتبة العفو فى الحقيقة ، لأن الله تعالى لا يؤاخذ عباده الا بما يكون فى طاقتهم العلم بتحريمه ، وما مظنة ولا شبهة فى تحريمه موضع مؤاخذة ، بيد أنه اذا سقط الحد فى السرقة ولا بشبهة قوية فان رد المال واجب ، لأن سقوطه لحق الله تعالى ، أما المال فحق العبد ، وهو لا يقبل الا برضا صاحبه •

وبالنسبة لغير السرقة يترتب على الفعل ما يترتب على الحلال ، فمن دخل بامرأة وكانت شبهته قوية ، فانه يثبت النسب ، وتجب العدة ، ويترتب على ذلك كل ما يترتب على وجوب العدة من تحريم النساء بسببها ، فتحرم الأخت ، ويحرم العقد على خامسة فى عدة الرابعة ، وهكذا •

ولا عقوبة تفرض اذا كانت الشبهة قوية ، فلا حد ولا تعزير ، لأنه اذا زال وصف الجريمة فلا عقاب •

واذا كانت الشبهة ضعيفة فانها تسقط الحد ولا تمحو وصف الجريمة كما قررنا ، فالتحريم ثابت ، واذا كانت عقوبة الحد قد سقطت فوراء ذلك

عقوبة التعزير ، وينتقل العقاب من عقوبة مقدرة الى أخرى غير مقدرة ، من دخل بمحرمة عقد عليها ، ومن لم يكن يجهل التحريم ، وكانت الشبهة هى فقط صورة العقد كرأى أبى حنيفة ، فان الحد يسقط ولكن تجب عقوبة تعزيرية هى أشد عقوبات التعزير • ومن سرق مضيفه يسقط حد القطع ،ولكن تجب عقوبة تعزيرية شديدة ، ومن سرق من بيت المال يسقط الحد بسبب هذه الشبهة الضعيفة ، ولكن تجب عقوبة تعزيرية •

وكذلك من ادعى الجهل فى غير مظنة الجهل بتحريم المحرمات عليه على التأبيد يسقط الحد ، عند من يسقطه ، ولكن يجب التعزير على الجهل الذى ادعاه ولأن الشبهة لم تمح وصف الزنا ، فبقيت الجريمة ولكن خف عقابها ، فلا جريمة يمكن أن يجرى عليها الاثبات تكون من غير عقاب •

التوبة وأثرها

لقد اتفق الجمهور على أن التوبة فى حد القذف لا تسقطه ، لأنه قد تعلق بحق العبد من حيث صون كرامته وتعلق بحق الله وبحق المجتمع من حيث ان فى القذف اشاعة للفاحشة فى الذين آمنوا ، وما يتعلق بكرامة العبد لا تسقطه التوبة عن المرتكب ، لأن التوبة تكون فى حقوق العباد بشرط اسقاط حقوقهم ، ويصح أن نقول فى هذه الحال ان الذين يجيزون اسقاط الحد للتوبة يجب أن يسقطوه اذا تاب القاذف وعفا المقذوف ، فان الله يغفر للعبد اذا تاب عنه توبة نصوحا •

وقد اتفق الفقهاء أيضا على أن المحاربين يسقط عنهم حد الحرابة اذا تابوا لوجود النص وهو قوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ، فاعلموا أن الله غفور رحيم) • وموضع الخلاف بين الفقهاء هو التوبة فى حدود السرقة والزنا والشرب قبل التنفيذ أهى تمنع اقامة الحد أم لا تمنع ، قال الحنفية والمالكية لا تسقط الحد ، وهذا وجه فى المذهب الشافعى ، وقال الحنابلة ووجه عند الشافعية والظاهرية أنها تسقطه ، وقد قرب الشافعى الموضوع فى كتابه ، فبين أوجه ، والأنظار التى تنازعها فى كتابه

الأم فقال رحمه الله ورضى عنه : الحد حدان : حد الله تعالى لما أراد من تنكيل من غشيه ، وما أراد من تطهيره به أو غير ذلك مما هذا علم به ، وليس للآدميين • وحد أوجبه الله تعالى على ما أتاه من الآدميين فذلك اليهم فأما أصل حد الله تبارك وتعالى فى كتابه فقوله تعالى : (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم • الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) فأخبر الله تبارك وتعالى اسمه بما عليهم من الحد ولم يذكر فيهما ما استثنى ، فاحتمل ألا يكون استثناء الا فى المحارب خاصة • واحتمل أن يكون فى كل حد لله عز وجل فتاب صاحبه قبل أن يقدر عليه سقط عنه كما احتمل حين قال النبى صلى الله عليه وسلم فى حد الزنا فى ماعز (ألا تركتموه) أن يكون كذلك عند أهل العلم : السارق اذا اعترف بالسرقة والشارب اذا اعترف بالشرب ثم رجع عنه قبل أن يقام عليه الحد سقط عنه ، ومن قال هذا فى كل حد لله عز وجل فتاب صاحبه قبل أن يقدر عليه سقط عنه حق الله تعالى فى الدنيا ، وأخذ بحقوق الآدميين واحتج بالمرتد عن الاسلام ثم يرجع الى الاسلام فيسقط عنه القتل ، فيبطل القطع عن السارق ويلزمه المال لأنه اعترف بشيئين أحدهما لله عز وجل ، والآخر للآدميين ، فأخذناه بما للآدميين ، وأسقطنا عنه ما لله عز وجل •

ومن ذهب الى الاستثناء فى المحارب ليس الا حيث هو جعل الحد من أتى حد الله متى قدر عليه وان تقادم ، وأما حدود الآدميين من القذف وغيره فتقام أبدا لا تسقط •

وقال الربيع بن سليمان المرادى : (قول الشافعى رحمه الله تعالى فى أن الاستثناء لا يكون الا فى المحارب وحده الذى أظن أنه يذهب اليه ثم يردف فى هذا بالاحتجاج لهذا الرأى فيقول : ـ قال الربيع : ـ والحجة عندى أن الاستثناء لا يكون الا فى المحارب خاصة حديث ماعز أتى النبى صلى الله عليه وسلم فأقر بالزنى فأمر النبى صلى الله عليه و سلم برجمه ولا نشك أن ماعزا لم يأت النبى صلى الله عليه وسلم فيخبره الا تائبا الى الله عز وجل

قبل أن يأتيه ، فلما أقام عليه الحد دل ذلك على أن الاستثناء فى المحاربة خاصة) •

وقال الماوردى : (ان مقام التوبة هو قبل أن يصل الى القاضى • اذا تاب الزانى قبل القدرة عليه قال تعالى (ثم ان ربك للذين عملوا السوء بجهالة ان ربك من بعدها لغفور رحيم) وفى قوله تعالى (بجهالة) تأويلان أحدهما بجهالة سوء والثانى لغلبة الشهوة مع العلم بأنها سوء وهذا أظهر التأويلين ولكن من جهل بأنها سوء لم يأثم بها ولا يحل لأحد أن يشفع فى اسقاط حد عن زان ولا غيره ولا يحل للمشفوع اليه أن يشفع) •

وقال أبو يعلى الموصلى وهو من أصحاب أحمد :

(ولو تاب الزانى قبل القدرة عليه سقط عنه الحد ، وكذلك السارق والمحارب ، والمنصوص عليه فى السارق والمحارب فى رواية أبى الحارث وابن حنبل : اذا تاب قبل أن يقدر عليه لم يقطع ، وقد نقل الميمونى عنه لفظين فى الزانى فقال : اذا أقر أربع مرات ثم تاب قبل أن يقام عليه الحد تقبل توبته ، ولا يقام عليه الحد ، وقال أبو الميمونى وناظرته فى مجلس آخر فقال : اذا رجع عما أقر به لم يرجم ، فان تاب فمن توبته أن يطهر بالرجم • فاللفظ الأول يقتضى قبول توبته بعد القدرة عليه ، لأن اقراره انما يكون عند الحكم ، واللفظ الثانى لا تقبل توبته بعد القدرة عليه ، لأنه قال : من توبته أن يطهر بالرجم ، ويحتمل أن يكون هذا بعد القدرة عليه ، ولا يحل لأحد أن يشفع فى اسقاط الحد عن زان ولا غيره ، ولا يحل للمشفوع اليه أن يشفع فيه) (بلى من كسب سيئة وأحاطت به خطيئته فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) •

من سرق مرات

قال ابن قدامة فى المغنى : قال أبو حنيفة : اذا قطع بسرقة عين مرة لم يقطع بسبب سرقتها ثانية الا أن يكون قد قطع بسرقة غزل ثم سرقه منسوجا

أو قطع بسرقة رطب ثم سرقه تمرا ، واحتج بأن هذا يتعلق بمطالبة آدمى ، فاذا تكرر سببه فى العين الواحدة لم يتكرر كحد القذف) •

والصواب عند الحنفية كما قرر ذلك أبو زهرة قائلا ان كلام صاحب المغنى لا يوجد فى كتب الحنفية فمن أين والصواب أن المقـرر أن العين الواحدة اذا قطع لسرقتها •

باب التعزيز

التعزير اسم مختص بالضرب الذى يضربه الامام أو نائبه للتأديب فى غير الحدود ومادته (عزر) وأصل العزر اللوم وعزره يعزره عزرا بالتخفيف وعزره بالتثقيل رده والعزر والتعزير هو موضوعنا وهو الضرب دون الحد لمنعه الجانى عن المعاودة وردعه عن المعصية قال :

وليس بتعـزير الأمير خزاية ‏ ‏ ‏ ‏ على اذا ما كنت غير مريب

وقيل : هو أشد الضرب وعزره ضربه ذلك الضرب والعزر المنع والعزر التوقيف على باب الدين ، قال الأزهرى : وحديث سعد يدل على أن التعزير هو التوقيف على الدين لأنه قال : « لقد رأيتنى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وما لنا طعام الا الحبلة وورق السمر ثم أصبحت بنو سعد تعزرنى على الاسلام ، لقد ضللت اذن وخاب عملى » تعزرنى على الاسلام أى توقفنى عليه وقيل : توبخنى على التقصير فيه والتعزير التوقيف على الفـرائض والأحكام وأصل التعزير التأديب ولهذا سمى الضرب دون الحد تعزيرا انما هو أدب وهو من الأضداد وعزره فخمه وعظمه فهو نحو الضد ، والعزر النصر ، عزره أعانه وقواه ، وذلك أن العزر فى اللغة الرد والمنع وتأويل عزرت فلانا أى أدبته أى فعلت به ما يردعه عن القبيح وتأويل عزرتموهم نصرتموهم بأن تردوا عنهم أعداءهم والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(من اتى معصية لا حد فيها ولا كفارة كمباشرة الأجنبية فيما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب او السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجناية التى لا قصاص فيها وما اشبه ذلك من المعاصى عزر على حسب ما يراه السلطان ، لما روى عبد الملك بن عمير قال : سئل على كرم الله وجهه عن قول الرجل : يا فاسق يا خبيث قال : « هن فواحش فيهن التعزير وليس فيهن حد » روى عن ابن عباس : « أنه لما خرج من البصرو استخلف ابا الأسود الديلى فأتى بلص نقب حرزا على قوم فوجدوه فى النقب فقال : مسكين اراد أن يسرق فأعجلتموه ، فضربه خمسة وعشرين سوطا وخلى عنه » ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود ، فان كان على حر لم يبلغ به أربعين ، وان كان على عبد لم يبلغ به عشرين لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من بلغ بما ليس بحد حدا فهو من المعتدين » وروى عن عمر رضى الله عنه أنه كتب الى أبى موسى : « لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا » وروى عنه ثلاثين سوطا ، وروى عنه ما بين الثلاثين الى الأربعين سوطا ، ولأن هذه المعاصى دون ما يجب فيه الحد فلا تلحق بما يجب فيه الحد من العقوبة ، وان راى السلطان ترك التعزير جاز تركه اذا لم يتعلق به حق آدمى ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم الا فى الحدود » وروى عبد الله بن الزبير أن رجلا خاصم الزبير عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة الذى يسقون به النخيل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير : « اسق ارضك الماء ثم أرسل الماء الى جارك ، فغضب الأنصارى فقال : يا رسول الله وان كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا زبير اسق ارضك الماء ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر ، فقال الزبير : فوالله انى لأحسب هذه الآية نزلت فى ذلك : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم » ولو لم يجز ترك التعزير لعزره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال) .

الشرح أثر عبد الملك بن عمير عن على مضى فى حد القذف أن راويه البيهقى وخبر استخلاف ابن عباس أبا الأسود الديلى أخرجه البيهقى ، وكتاب عمر رواه ابن الجوزى فى سيرة عمر وقد أخرج الشيخان وأصحاب السنن مرفوعا من حديث أبى بردة : « لا يجلد فوق عشرة أسواط الا فى حد » وحديث : « أقيلوا ذوى الهيئات » أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى . وحديث ابن الزبير متفق عليه .

اما الأحكام فانه اذا فعل المرء معصية لا حد فيها ولا كفارة كوطء الأجنبية فيما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب ، أو سرقة النصاب فيما كان بغير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجنايات التى ليس فيها أرش فللامام أن يعزره لقوله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » فأجاز للزوج أن يضرب زوجته للنشوز ، والنشوز معصية ، فدل على أن كل معصية لا حد فيها ولا كفارة يجوز الضرب لأجلها ، ولحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا : « لا قطع فى الثمر المعلق الا ما أواه الجرين وبلغ ثمن المجن . فان لم يبلغ ثمن المجن ففيه الغرم وجلدات نكالا » ولحديث أبى بردة بن نيار أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات فى غير حد من حدود الله تعالى » فدل على أنه يجوز ضرب عشر جلدات فى غير الحدود ؛ وروى أن عليا كرم الله وجهه سئل عن قول الرجل للرجل : يا فاسق يا خبيث فقال : « هن فواحش فيهن تعزير وليس فيهن حد » .

اذا ثبت هذا فان التعزير غير مقدر ، فان رأى الامام أن يحبسه حبسه وان رأى أن يجلده جلده ولا يبلغ به أدنى الحدود ، فلا يبلغ بالحر أربعين بل ينقص منها وبه قال أبو حنيفة ومحمد وحكى الشيخ أبو حامد الاسفرايني أن من أصحابنا من قال : لا يبلغ بتعزير الحر عشرين جلدة ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : ينظر فى المعصية التى يعزر من أجلها — فان كانت من جنس الشرب مثل أن يكون قد أدار كأس الماء على جماعة على هيئة ادارة كأس الخمر عزر دون الأربعين ، وان كانت من جنس القذف بأن شتم انسانا بما ليس بقذف فانه يضرب دون الثمانين ، وقال أبو يوسف وابن أبى ليلى : يجوز أن يبلغ بالتعزير خمسا و سبعين ولا يزاد عليه ، وقال مالك والأوزاعى : له أن يضرب فى التعزير أى عدد شاء على حسب ما يؤديه اليه اجتهاده والأول أصح لقوله صلى الله عليه وسلم « من بلغ بما ليس بحد حدا فهو من المعتدين » أما عند المخالف فيجوز أن يجلد مائة جلدة فى غير الحد ، فان قيل : فالخبر يدل على أنه لا يجوز الزيادة على العشر فى غير الحد ، قلنا : قد أجمعت الأمة على أنه يجوز الزيادة على العشر ما لم يبلغ به أدنى

الحدود ، فيستدل بالاجماع على نسخ ظاهر الخبر ، ولكتاب عمر الى أبى موسى واجماع الصحابة على ذلك ، لأن العقوبة اذا تعلقت فى الشرع بجرم لم تتعلق بما دونه كالقطع لما علق بالسرقة للنصاب لم يتعلق بما دونه ، ويكون الضرب فى التعزير بين الضربين كما قلنا فى الحد ، وقال أبو حنيفة : الضرب فى التعزير يكون أشد من الضرب فى الزنا ثم الضرب فى الشرب يكون دون الضرب فى الزنا ثم الضرب فى القذف وقال الثورى : الضرب فى القذف أشد من الضرب فى الشرب • دليلنا أن التعزير أخف من الحد فى عدده فلا يجوز أن يزاد عليه فى ايلامه ووجعه •

فــــرع قال الشيخ أبو اسحاق : ان رأى السلطان ترك التعزير جاز تركه اذا لم يتعلق به حق آدمى ، وقال الشيخ أبو حامد : التعزير ليس بواجب بل الامام بالخيـار ان شاء فعله وان شاء تركه ولم يفرق بين أن يتعلق به حكم آدمى أو لا يتعلق ، وقال أبو حنيفة : ان غلب على ظن الامام أنه لا يصلح الرجل الا التعزير فالتعزير واجب لا يجوز للامام تركه ، وان غلب على ظنه أنه يصلحه الجلد وغيره فليس بواجب • دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أقيلوا ذوى الهيئـات عثراتهم الا فى الحدود » وروى أن الزبير ورجلا من الأنصار اختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة ـ والشراج هو الساقية التى فى الحرة والحرة هى أرض بركانية ملبسة بالحصا ـ فقـال النبى صلى الله عليه وسلم : « اسق يا زبير أرضك ثم أرسل الماء الى جارك فقال الأنصارى : وأن كان ابن عمتك يا رسول الله • فغضب النبى صلى الله عليه وسلم وقال : اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يبلغ أصول الجدر » فموضع الدليل أن الأنصارى اتهم النبى صلى الله عليه وسلم أنه قضى للزبير لأنه ابن عمته ، وهذا يستحق به القتل فضلا عن التعزير • فترك النبى صلى الله عليه وسلم تعزيره ، فمن أصحابنا من قال : انما فيه معنى التعزير حين أمر الزبير أن يسقى أرضـه الى أن يبلغ الماء الجدر ، لأن ذلك زائد على ما يستحقه من الشرب وتلك غرامة على الأنصارى تعدل عقوبة المال ، ومن أصحابنا من قال : بل كان أمر النبى صلى الله عليه وسلم الزبير فى المرة الأولى أن يأخذ أقل من حقـه

من السقى فلما قال الأنصارى ما قال أمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يستوفى جميع حقه . وهو أن يبلغ الماء الى أصول الجدر واذا بلغ الى ذلك كان الى الكعب . وقول الأنصارى هذا يقتضى التعزير ، وانما ترك النبى صلى الله عليه وسلم تعزيره على ما مضى ، ولأنه ضرب غير محدود فلم يكن واجبا كضرب الزوج زوجته ، وكما لو غلب على ظن الامام أنه يصلحه الضرب وغير الضرب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان عزر الامام رجلا فمات وجب ضمانه لما روى عمر بن سعيد عن على كرم الله وجهه أنه قال : « ما من رجل اقمت عليه حدا فمات فاجد فى نفسى أنه لا دية له الا شارب الخمر ، فانه لو مات وديته ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسنه » ولا يجوز أن يكون المراد به اذا مات من الحد فان النبى صلى الله عليه وسلم حد فى الخمر فثبت أنه اراد من الزيادة على الاربعين ، ولأنه ضرب جعل الى اجتهاده فاذا أدى الى التلف ضمن كضرب الزوج زوجته .

فصل وان كان على رأس بالغ عاقل سلعة لم يجز قطعها بغير اذنه فان قطعها قاطع باذنه فمات لم يضمن ، لأنه قطع باذنه وان قطعها بغير اذنه فمات وجب عليه القصاص ، لأنه تعدى بالقطع . وان كانت على رأس صبى أو مجنون لم يجز قطعها لأنه جرح لا يؤمن معه الهلاك . فان قطعت فمات منه نظرت ـ فان كان القاطع لا ولاية له عليه ـ وجب عليه القود لأنها جناية يعدى بها ، وان كان أبا أو جدا وجبت عليه الدية ، وان كان وليا غيرهما ففيه قولان احدهما انه يجب عليه القود لأنه قطع منه ما لا يجوز قطعه ، والثانى انه لا يجب القود لأنه لم يقصد القتل وانما قصد المصلحة فعلى هذا يجب عليه دية مغلظة لأنها عمد خطأ وبالله التوفيق .

الشرح أثر على كرم الله وجهه متفق عليه وقد مضى فى غير موضع وسيأتى .

أما الأحكام فاذا عزر الامام رجلا فمات وجب ضمانه ، وحكى الطبرى فى العدة وجها آخر أن التعزير نوعان نوع واجب كتعزير من

قذف أمه أو ذمية أو وطىء أجنبية فيما دون الفرج فاذا عزر فيه الامام فأدى الى التلف لم يضمنه الامام ، ونوع لا يجب مثل أن يسىء الأدب فى مجلس القاضى فاذا عزره القاضى فمات وجب ضمانه والأول أصح ، وقال أبو حنيفة : ان غلب على ظن الامام أنه لا يصلحه الا الضرب فضربه فمات لم يجب ضمانه . دليلنا ما روى عن على أنه قال : (ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت وأجد فى نفسى منه شيئا الا صاحب الخمر فانه لو مات وديته وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه) متفق عليه وعند أبى داود وابن ماجه وفيه عندهما : (لم يسن فيه شيئا انما قلناه نحن) قال مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن تيمية فى المنتقى : قلت ومعنى لم يسنه يعنى لم يقدره ويوقته بلفظه ونطقه . قال محمد نجيب المطيعى بن ابراهيم الطوابى : والذى أحدثه الصحابة رضى الله عنهم بعد النبى صلى الله عليه وسلم هو الزيادة على الأربعين ، وهو التعزير ، فثبت أنه اذا مات من التعزير وجب ضمانه ، وكذلك فى قصة المرأة التى أرسل اليها عمر وكانت سيئة السيرة ، وقد مضى فى الديات ولم يخالفه أحد فدل على أنه اجماع ، ولأنه ضرب محدود احتراز من الضرب فى الحد .

مسألة اذا كان على انسان سلعة — وهى درنة كالجوزة تكون بين اللحم والجلد على الرأس أو البدن — قال ابن الصباغ : وهى بكسر السين ، وفتحها من الشجة . فان قطعها انسان فمات نظرت فان كانت على انسان غير مولى عليه — فان قطعها باذنه — فلا ضمان عليه ، وان قطعها بغير اذنه أو أكرهه على قطعها لزمه القود ان كان ممن يجب عليه القود ، وان قطعها ولى عليه — فان كان أبا أو جدا — لم يلزمه القود ، ووجب عليه ديته ، وان كان غيرهما من الأولياء ففيه قولان مضى ذكرهما فى الجنايات ، وان كان القاطع هو الحاكم فهل تجب الدية فى ماله أو على عاقلته ؟ على القولين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الأقضـــية

باب ولاية القضاء وآداب القضاة

القضـــاء فرض على الكفاية والدليل عليه قوله عز وجل : « يا داود آنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » وقوله عز وجل : « ان الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس آن تحكموا بالعدل » وقوله تعالى : « وان احكم بينهم بما انزل الله » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس وبعث عليا كرم الله وجهه الى اليمن للقضاء بين الناس ، ولأن الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم حكموا بين الناس وبعث عمر رضى الله عنه ابا موسى الأشعرى الى البصرة قاضيا وبعث عبد الله بن مسعود الى الكوفة قاضيا ولأن الظلم فى الطباع فلابد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم ، فان لم يكن من يصلح للقضاء الا واحد تعين عليه ويلزمه طلبه ، واذا امتنع اجبر عليه لأن الكفاية لا تحصل الا به ، فان كان هناك من يصلح له غيره نظرت ـ فان كان خاملا واذا ولى القضاء انتشر علمه ـ استحب أن يطلبه لما يحصل به من المنفعة بنشر العلم ، وان كان مشهورا فان كانت له كفاية كره له الدخول فيه لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين » ولأنه يلزمه بالقضاء حفظ الأمانات وربما عجز عنه وقصر فيه فكره له الدخول فيه ، وان كان فقيرا يرجو بالقضاء كفاية من بيت المال لم يكره له الدخول فيه لأنه يكتسب كفاية بسبب مباح ، وان كان جماعة يصلحون للقضاء اختار الامام افضلهم وأورعهم وقلده فان اختـــار غيره جاز لأنه تحصل به الكفاية ، وان امتنعوا من الدخول فيه اثموا لأنه حق وجب عليهم فاثموا بتركه كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وهل يجوز للامام ان يجبر واحدا منهم على الدخول فيه أم لا ؟ فيه وجهان احدهما انه ليس له اجباره لأنه فرض على الكفاية فلو اجبرناه عليه تعين عليه ، والثانى : ان له اجباره لأنه اذا لم يجبر بقى النـــاس بلا قاض وضـــاعت الحقوق وذلك لا يجوز .

الشرح قوله تعالى : (ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات) الآية ورد فى أسباب نزولها روايات منها أنها نزلت فى عثمان بن طلحة أخذ النبى

صلى الله عليه وسلم منه المفتاح يوم الفتح ودخل الكعبة فنزل جبريل بهذه الآية ، وخرج صلى الله عليه وسلم يتلوها ، وفي رواية لابن جريج أنه صلى الله عليه وسلم أخذ المفتاح من عثمان بن أبى طلحة وعمه شيبة بن عثمان وكانا كافرين وقت فتح مكة فطلبه العباس لتضاف له السدانة الى السقاية ، فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم الكعبة فكسر ما كان بها من الأوثان وأخرج مقام ابراهيم ، ونزل عليه جبريل بهذه الآية . قال عمر بن الخطاب : وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقرأ هذه الآية وما كنت سمعتها قبل منه ، فدنا عثمان وشيبة فقال : « خذاها خالدة تالدة لا ينزعها منكم الا ظالم » هذه الرواية لابن جرير ونقلها القرطبى عنه وكذلك روى نحوها الواحدى المسند من أئمتنا فى كتابه أسباب النزول وكذلك أخذ بهذه الرواية القاضى أبو بكر ابن العربى فى أحكام القرآن . الا أنه ثبت من التحقيق أن عثمان بن أبى طلحة هاجر هو وخالد بن الوليد وعمرو بن العاص وبلغوا المدينة فى صفر من السنة الثامنة وثبت هذا من طرق كثيرة وحكاها الحافظ أبو عمر بن عبد البر فى الاستيعاب والحافظ ابن حجر فى الاصابة والحافظ ابن كثير فى التفسير وأما عمه شيبة بن طلحة بن أبى طلحة فكان معه لواء المشركين يوم الفتح وقتل ثم كافرا ، وقد اشتبه على المفسرين اسم شيبة بن عثمان بن أبى طلحة الذى صارت الحجابة فى نسله الى يوم القيامة بشيبة ابن طلحة ، وقد أعطى النبى صلى الله عليه وسلم عثمان بن طلحة بن أبى طلحة وشيبة بن عثمان بن أبى طلحة مفاتيح الكعبة ، وقال : « خذاها خالدة تالدة » الحديث وحديث بعث النبى صلى الله عليه وسلم عليا الى اليمن أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه وبعث عمر لأبى موسى وعبد الله بن مسعود فى سنن البيهقى . أما حديث : « من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين » أخرجه أبو داود والترمذى وأحمد والدارقطنى وابن ماجه والحاكم والبيهقى ، وقال فيه الترمذى : حسن غريب وقال فيه الحاكم : صحيح الاسناد ولفظه : « من ولى القضاء ، أو جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين » قال الحافظ المندرى فى (ذبح بغير سكين) معناه أن الذبح بالسكين يحصل به اراحة الذبيحة بتعجيل ازهاق روحها فاذا ذبحت بغير سكين كان فيه تعذيب لها ، وقيل : ان الذبح لما كان فى ظاهر العرف وغالب العادة

بالسكين عدل صلى الله عليه وسلم عن ظاهر العرف والعادة الى غير ذلك ليعلم مراده صلى الله عليه وسلم بهذا القول ما يخاف عليه من هلاك دينه دون هلاك بدنه • ذكره الخطابى ، ويحتمل غير ذلك •

اما اللغات فان القضاء يأتى بمعنى الحكم وأصله قضاى لأنه من قضيت الا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت قال ابن برى : صوابه لما جاءت بعد الألف الزائدة طرفا همزت ، وأهل الحجاز يقولون : القاضى القاطع للأمور المحكم لها • وفى صلح الحديبية : (هذا ما قاضى عليه محمد) هو فاعل من القضاء الفصل والحكم ، ويكون بمعنى الخلق كأنه أحكمه وأمضاه حين خلقه قال تعالى : (فقضاهن سبع سموات) والقضاء المقترن بالقدر لا ينفك أحدهما عن الآخر فالقدر الأساس والقضاء البناء فهما أمران متلازمان فمن رام الفصل بينهما فقد رام هدم البناء ونقضه ، والقضاء بمعنى العمل قال تعالى : (فاقض ما أنت قاض) فاعمل ما أنت عامل قال ذؤيب :

وعليهما مسرودتان قضاهما   داود أو صنع السوابغ تبع

والقضاء بمعنى الأمر (وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا) ويأتى بمعنى الحتم والقطع قال تعالى : (فلما قضينا عليه الموت) ويأتى بمعنى الفراغ تقول : قضيت حاجتى ويأتى بمعنى الأداء والانهاء تقول : قضيت دينى ، ويأتى بمعنى التبليغ قال تعالى : « وقضينا اليه ذلك الأمر » ويأتى بمعنى البيان قال تعالى : « ولا تعجل بالقرآن من قبل أن يقضى اليك وحيه » أى يبين لك بيانه ويأتى بمعنى الفراغ من الشىء ، تقول : قضى فلان صلاته ، والقاضية الموت وقضى نحبه مات ، وقوله تعالى : (ولو أنزلنا ملكا لقضى الأمر ثم لا ينظرون) أى أتم اهلاكهم ، وقضى وطره أتمه وبلغه •

اما الأحكام فالقضاء واجب والأصل فى ثبوته الكتاب والسنة والاجماع والقياس • أما الكتاب فقوله تعالى : « يا داود انا جعلناك خليفة

فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » وقوله تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم » وقوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين النـاس أن تحكموا بالعدل » وقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ولأن الله تعالى ذم أقواما امتنعوا من الحكم ومدح قوما أجابوا الى الحكم فقال تعالى : « واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون » وقال تعالى : « انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسـوله ليحكم بينهم أن يقولوا سـمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون » •

وأما السنة فان النبى صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس وبعث عليـا الى اليمن للقضاء بين الناس وقال صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لثـلاثة يكونون بفلاة من الأرض الا أمروا عليهم أحدهم » رواه أحمد من حديث ابن عمر ، وعن أبى سعيد الخدرى : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا خرج ثلاثة فى سفر فليؤمروا عليهم أحدهم » رواه أبو داود وله من حديث أبى هريرة مثله •

وأما الاجماع فان الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم حكموا بين الناس وبعث أبو بكر أنس بن مالك الى البحرين ليقضى بين النـاس وبعث عمر أبا موسى الأشعرى الى البصرة قاضيا ، وبعث عبد الله بن مسـعود الى الكوفة قاضيا •

وأما القياس ، فان السلامة من الخلاف الذى يؤدى الى التلاف تقتضى تأمير واحد لفصل القضاء ، ونظرا لأن الظلم من شيم النفوس وطبع الناس وجبلتهم قال الشاعر :

والظلم من شيم النفوس فان تجد ذا عفـة فلعله لا يظـلم

فاذا كان كذلك فلابد من حاكم لينصف المظلوم من الظالم ، فمع عدم التأمير يستبد كل واحد برأيه ويفعل ما يطابق هواه فيهلكون ، ومع التأمير يقل الاختلاف وتجتمع الكلمة ، واذا شرع التأمير لثلاثة يكونون فى فلاة من

الأرض أو يسافرون فشرعيته لعدد أكثر يسكنون القرى والأمصار ويحتاجون لدفع التظالم وفصل التخاصم أولى وأحرى ، وفى ذلك دليل لقول من قال : انه يجب على المسلمين نصب الأئمة والولاة والحكام ، هكذا أفاده الشوكانى وقال : وقد ذهب الأكثر الى أن الامامة واجبة لكنهم اختلفوا هل الوجوب عقلا أو شرعا فعند العترة وأكثر المعتزلة والأشعرية تجب شرعا ، وعند الامامية تجب عقلا فقط وعند الجاحظ والبلخي والحسن البصرى تجب عقلا وشرعا ، وعند ضرار والأصم وهشام القوطى والنجدات لا تجب •

اذا ثبت هذا فقد وردت أخبار تدل على ذم القضاء وأخبار تدل على مدحه ، فأما ما دل على ذمة فما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين » وعند أحمد عن عائشة قالت « سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : لتأتين على القاضى العدل يوم القيامة ساعة يتمنى أنه لم يقض بين اثنين فى تمرة قط) وعنده أيضا من حديث أبى أمامة مرفوعا : (ما من رجل يلى أمر عشرة فما فوق ذلك الا أتى الله عز وجل يوم القيامة يده الى عنقه فكه بره أو أوبقه اثمه أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها خزى يوم القيامة) وهو من حديث عبادة بن الصامت بلفظ : (ما من أمير عشرة الا جىء به يوم القيامة مغلولة يده الى عنقه حتى يطلقه الحق أو يوبقه ، ومن تعلم القرآن ثم نسيه لقى الله وهو أجزم) وعنده أيضا من حديث أبى هريرة مرفوعا (ويل للأمراء ويل للعرفاء ويل للأمناء ، ليتمنين أقوام يوم القيامة أن ذوائبهم كانت متعلقة بالثريا يتذبذبون بين السماء والأرض ولم يكونوا عملوا على شىء) وعند أحمد ومسلم أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يا أبا ذر انى أراك ضعيفا وانى أحب اليك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم » وأما الأخبار التى تدل على مدحه فعن أبى هريرة مرفوعا : « من طلب قضاء المسلمين حتى يناله ثم غلب عدله جوره فله الجنة ، ومن غلب جوره عدله فله النار » وقال تعالى عن يوسف : « قال اجعلنى على خزائن الأرض انى حفيظ عليم » وقال سليمان : « رب هب لى ملكا لا ينبغى لأحد من بعدى انك أنت الوهاب » وقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا اجتهد الحاكم فأصاب

فله أجران ، واذا أخطأ فله أجر » متفق عليه وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا حسد الا فى اثنتين رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته فى الحق ورجل آتاه الله تعالى حكمة فهو يقضى بها ويعلمها » وأخرج أحمد فى المسند وأبو نعيم فى الحلية من حديث عائشة مرفوعا : « السابقون الى ظل الله يوم القيامة الذين اذا أعطوا الحق قبلوه ، واذا سئلوا بذلوه ، واذا حكموا بين الناس حكموا كحكمهم لأنفسهم » ورواه أبو العباس ابن القاص فى كتاب آداب القضاء .

قال النووى فى شرح مسلم عند الكلام على حديث أبى ذر « قلت : يا رسول الله الا تستعملنى ؟ قال : انك ضعيف وانها أمانة وانها يوم القيامة خزى وندامة الا من أخذها بحقها وأدى الذى عليه فيها » قال رحمه الله : هذا أصل عظيم فى اجتناب الولاية ولا سيما لمن كان فيه ضعف وهو من دخل فيها بغير أهلية ولم يعدل فانه يندم على ما فرط منه اذا جوزى بالخزى يوم القيامة ، وأما من كان أهلا وعدل فيها فأجره عظيم كما تظاهرت به الأخبار ولكن الدخول فيها خطر عظيم ولذلك امتنع الأكابر منها . اهـ .

وقال العمرانى فى البيان : ان الأخبار التى تدل على ذمه محمولة على من علم من نفسه القيام بالقضاء لعلمه وأمانته ، والدليل على صحة هذا التأويل قوله صلى الله عليه وسلم : « القضاة ثلاثة واحد فى الجنة واثنان فى النار فأما الذى فى الجنة فرجل علم الحق وقضى به فهو فى الجنة ، ورجل عرف الحق فجار فى حكمه فهو فى النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار » وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا جلس القاضى بعث الله تعالى اليه ملكين يسددانه فان عدل أقاما وان جار عرجا وتركاه » .

اذا ثبت هذا فان الناس فى القضاء على ثلاثة أضرب منهم من يجب عليه القضاء ، ومنهم من لا يجوز القضاء له ومنهم من يجوز له القضاء ولا يجب عليه ، فأما من يجب عليه فهو أن يكون رجل من أهل الاجتهاد والأمانة وليس هناك من يصلح للقضاء غيره فيجب على الامام أن يوليه

القضاء ، واذا ولاه الامام لزمه القبول ، فان امتنع أجبر ، وان لم يعرفه الامام لزمه أن يعرف الامام حاله ويعرض نفسه عليه للقضاء ، لأن ذلك يجرى مجرى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولو لم يكن من يصلح للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الا واحد ليتعين عليه ذلك . وأما من لا يجوز له القضاء فهو أن يكون الرجل ليس من أهل الاجتهاد ، أو كان من أهل الاجتهاد الا أنه فاسق فهذا لا يجوز له القضاء ، وان ولاه الامام لم تنعقد ولايته ، وان حكم لم يصح حكمه خلافا لأبى حنيفة ويأتى الدليل عليه فى موضعه . وأما الذى لا يجب عليه القضاء ويجوز له فهو أن يكون هناك رجلان أو جماعة يصلح كل واحد منهم للقضاء ، فان القضاء لا يجب على أحد بعينه بل وجوب القضاء عليهم على طريق الكفاية اذا قام به أحدهم سقط الفرض عن الباقين وان امتنعوا كلهم من القضاء أثموا لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقدس الله أمة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه » فان طلب الامام أن يولى رجلا منهم فهل يتعين عليه القضاء بتولية الامام له ؟ ويجوز للامام أن يميز واحدا منهم ؟ فيه وجهان أحدهما : يتعين عليه ، ويجوز للامام اجباره لأنه دعاه الى واجب فتعين عليه لأنه اذا امتنع هذا فربما امتنع الباقون فيؤدى ذلك الى تعطيل القضاء . والثانى : لا يتعين عليه ولا يجوز له اجباره لما روى عنه صلى الله عليه وسلم « انا لا نجبر على الحكم أحدا » ولأنا لو قلنا يتعين عليه ويجوز له اجباره للقضاء صار اجباره متعينا عليه ، ومن جاز له الدخول فى القضاء ولم يجب عليه فهل يستحب له القضاء اذا دعى اليه ؟ ينظر فيه ، فان كان له مال يكفيه وهو مشهور يقصده الناس للفتيا والتدريس لم يستحب له ، لأنه لا يأمن على نفسه من الخطأ ، والأولى له أن يشتغل بالفتيا والتدريس لأن ذلك أسلم ، وعلى هذا يحمل امتناع ابن عمر رضى الله عنه حين دعاه عثمان رضى الله عنه الى القضاء ، وان كان لا مال له يكفيه ويرجو بالقضاء أخذ الرزق عليه من بيت المال استحب له القضاء لأنه لابد له من مكتسب ، واكتسابه بتولى الطاعة أولى من الاكتساب بغير ذلك ، وكذلك اذا كان له مال يكفيه الا أنه خامل الذكر لا يقصده الناس للفتيا والتدريس فيستحب له القضاء ليشتهر فى الناس وينتفع بعلمه هكذا أفاده العمرانى فى البيان وغيره .

ومن استحب له ولاية القضاء اذا دعي اليه فهل يستحب له طلبه وبذل العوض منه لذلك ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال : يستحب له طلبه لقوله تعالى اخبارا عن يوسف : « اجعلني على خزائن الأرض اني حفيظ عليم » قال العمراني : ويجوز له بذل العوض لذلك لأنه يتوصل به الى مطلوبه ، ومنهم من قال : لا يستحب له ذلك ولا يجوز له بذل العوض لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن سمرة : « يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان أعطيتها عن غير مسئلة أعنت عليها ، وان أعطيتها عن مسئلة وكلت اليها » متفق عليه • وعن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم : « من سأل القضاء وكل الي نفسه ، ومن جبر عليه ينزل عليه ملك يسدده » رواه أصحاب السنن الا النسائي والصحيح أنه لا يجوز بذل العوض على ذلك لأنه من الرشوة المحرمة والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ومن تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز أن ياخذ عليه رزقا لأنه فرض تعين عليه فلا يجوز ان ياخذ عليه مالا من غير ضرورة ، فان لم يكن له كفاية فله ان ياخذ الرزق عليه ، لأن القضاء لابد منه ، والكفاية لابد منها ، فجاز ان ياخذ عليه الرزق ، فان لم يتعين عليه فان كانت له كفاية كره ان ياخذ عليه الرزق لأنه قربة فكره أخذ الرزق عليها من غير حاجة ، فان اخذ جاز لانه لم يتعين عليه ، وان لم يكن له كفاية لم يكره ان ياخذ عليه الرزق لان ابا بكر الصديق رضى الله عنه لما ولى خرج برزمة الى السوق فقيل ماهذا ؟ فقال انا كاسب اهلى ، فاجروا له كل يوم درهمين وعن عمر رضى الله عنه انه قال « انزلت نفسى من هذا المال منزلة ولى اليتيم ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف » وبعث عمر رضى الله عنه الى الكوفة عمار ابن ياسر واليا وعبد الله بن مسعود قاضيا وعثمان بن حنيف ماسحا وفرض لهم كل يوم شاة نصفها واطرافها لعمار ، والنصف الآخر بين عبد الله وعثمان لأنه لما جاز للعامل على الصدقات أن يأخذ مالا على العمالة جاز للقاضي أن ياخذ على القضاء ويدفع اليه مع رزقه شيء للقرطاس ، لانه يحتاج اليه لكتب المحاضر ويعطى ان على بابه من الأجرياء لأنه يحتاج اليهم لاحضار الخصوم كما يعطى ما يحتاج اليه العامل على الصدقات من العرفاء ، ويكون ذلك من سهم المصالح لانه من المصالح •

الشرح قوله : برزمة مثل سدرة الطاق من الثياب وهو معرب والخبر فى سنن البيهقى عن عبد الله بن مسعود •

أما الأحكام فاذا أخذ الرزق على القضاء نظرت ــ فاذا كان قد تعين عليه القضاء فان كان له كفاية ــ لم يجز له أخذ الرزق عليه ، لأنه توجد عليه فلا يجوز له أخذ الرزق عليه مع الاستغناء عنه • هكذا أفاده أصحابنا كافة : العمرانى فى البيان والمصنف هنا وفى التنبيه والغزالى وشيخه امام الحرمين وشيخه أبو محمــد وغيرهم • وان لم تكن له كفــاية وكان اذا اشتغل بالقضاء بطل كسبه وتعطل عن بلوغ موارده وذهب معاشه جاز له أخذ الرزق عليه لأنه اذا اشتغل بالقضاء ذهب معاشه وتعطل كسبه ، وان لم يتعين عليه القضاء ــ فان كان له كفاية ــ فالمستحب له أن لا يأخذ عليه رزقا لأنه قربة فى حقه فكره له أخذ العوض عليه ، وان أخذ الرزق عليــه جاز لأن أبا بكر رضى الله عنه لما ولى الخلافة خرج الى السوق برزمة ثياب فقالوا : ما هذا ؟ فقال : أنا كاسب أهلى فقالوا : لا يصلح هذا مع الخلافة ، فاجتمعت الصحابة وقدروا له كل يوم درهمين من بيت المــال وروى أنهم خصصوا له كل يوم شاتين : شاة لغدائه وشاة لعشائه هو وأهله وألف درهم فى كل عام ، فلما ولى عمر رضى الله عنه قال : لا يكفينى ذلك فأضعفوا له القدر ، واذا ثبت ذلك فى الامامة لكان فى القضاء مثله لأنهما فى معنى واحد ، وقال عمر : « أنزل نفسى من هذا المال بمنزلة ولى اليتيم ، ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » • وقد سبق أن أوردنا فى الجزء الحادى والعشرين فى باب خراج السواد أن عمر أرسل الى الكوفة عمار ابن ياسر واليا وعبد الله بن مسعود قاضيا ، وعثمان بن حنيف ماسحا وفرض لهم كل يوم شاة نصفها وأطرافها لعمار والنصف مع السقط بين عبد الله وعثمان بن حنيف وقال : ان قرية يؤخذ منها كل يوم شاة لسريع خرابها ، ولما ولى عمر بن الخطاب شريحا القضاء أجرى له كل شهر مائة درهم ، ولأن مال بيت المال للمصالح وهذا من المصالح •

ولا يكون ما يأخذه القاضى أجرة ، وانما هو رزق كالذى يأخذه الامام والمؤذن وهو ما يسمى بلغة عصرنا مكافأة ، ذلك لأن عقــد الاجارة على

القضاء لم يصح ، وقد علل الفقهاء هذا بأنه عمل غير معلوم ، وفي تقديرنا واجتهادنا أن ذلك أدعى الى استقلال القضاء وأصون له من المؤثرات التي مناطها سيطرة الرؤساء والولاة على مقدرات القضاة في ترقياتهم وتنقلاتهم وعلاواتهم ومكافآتهم الأمر الذي يجعل منصب القضاء خاضعا لعوامل السياسة والجنوح الى مرضاة ذوي السلطان ، فاذا أمكن الجمع بين استقلال القضاء وضمان أرزاق القضاة وترقياتهم بواسطة مجالس منهم ، حتى يتحقق عمليا فصل السلطات الثلاث : القضائية والشورية والتنفيذية بعضها عن بعض . فان ذلك أحرى أن يكون جائزا ، وتوفر الدولة للقاضي قدرا من المال مع رزقه للأوراق والقراطيس والأقلام والأحبار ، لأن ذلك من المصالح ، وتوفر له الدولة الحاجب الذي على بابه والحفظة الذين يحرسون النظام ويوفرون للقاضي التبجيل والمهابة ، وهذا يكون من سهم المصالح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز ان يكون القاضي كافرا ولا فاسقا ولا عبدا ولا صغيرا ولا معتوها لأنه اذا لم يجز ان يكون واحدا من هؤلاء شاهدا فلأن لا يجوز ان يكون قاضيا اولى . ولا يجوز ان يكون امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم : ((ما أفلح قوم اسندوا امرهم الى امرأة)) ولأنه لابد للقاضي من مجالسة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم ، والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الافتتان بها ، ولا يجوز ان يكون أعمى لأنه لا يعرف الخصوم والشهود ، وفي الأخرس الذي يفهم الاشارة وجهان كالوجهين في شهادته ، ولا يجوز ان يكون جاهلا بطريق الأحكام لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ((القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو في الجنة ، وأما اللذان في النار فرجل عرف الحق فجار في حكمه فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار)) ولأنه اذا لم يجز ان يفتي الناس وهو لا يلزمهم الحكم فلأن لا يجوز ان لا يقضي بينهم وهو يلزمهم الحكم اولى ، ويكره أن يكون القاضي جبارا عسوفا ، وان يكون ضعيفا مهينا لأن الجبار يهابه الخصم فلا يتمكن من استيفاء حجته ، والضعيف يطمع فيه الخصم وينبسط عليه ، ولهذا قال بعض السلف: وجدنا هذا الأمر لا يصلحه الا شدة من غير عنف ، ولين من غير ضعف .

الشرح حديث : ((ما أفلح قوم)) أخرجه البخاري والنسائي

والترمذي وأحمد عن أبي بكرة قال : « لما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى قال : لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » وأما حديث « القضاة ثلاث » فقد أخرجه أبو داود وابن ماجه من حديث بريدة •

أما اللغات فالعته نقصان العقل من غير جنون وبابه تعب والمصدر عتها وعتاها وعتاهة وعتاهية بالتخفيف فهو معتوه بين العته وفي تهذيب الأسماء واللغات للنووي المعتوه المدهوش من غير مس أو جنون • وقوله : جبارا قال ابن بطال الركبي : قيل الجبار الذي يقتل على الغضب وقيل هو ذو السطوة والقهر ومنه يقال جبرته على كذا أو أجبرته اذا أكرهته عليه وقهرته ، ومنه جبر العظم لأنه كالاكراه على الاصلاح وقال في المصباح : يقال جبره السلطان وأجبره بمعنى ، ورأيت في بعض التفاسير عند قوله تعالى : « وما أنت عليهم بجبار » أن الثلاثي لغة حكاها الفراء وغيره ، واستشهد لصحتها بما معناه أنه لا يبنى فعال الا من فعل ثلاثي نحو الفتاح والعلام ولم يجيء من أفعل بالألف الا دراك ، وقوله : عسوفا فاعل من عسفه عسفا اذا أخذه بقوة والعساف مبالغة وعسف في الأمر اذا فعله من غير روية وقال ابن بطال : العسوف أي الظلوم والعسف الظلم وأصل العسف الأخذ على غير الطريق ومثله التعسف والاعتساف (والمهين) الحقير وقال الفراء : العاجز ، وأراد بالضعيف ضعيف الرأي لا بالجسم اهـ بتصرف •

أما الأحكام فانه يشترط في القاضي والمفتي أن يكونا من أهل الاجتهاد وهو أن يكونا عالمين بالكتاب والسنة والاجماع والاختلاف ولسان العرب والقياس • فأما الكتاب فلا يشترط أن يكون عالما بجميع القصص والأخبار وانما يشترط أن يكون عالما بأحكامه وهو أن يعرف العام منه والخاص والمحكم والمتشابه والمجمل والمفصل والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ ، وأما السنة فلا يشترط لمعرفة المغازي والآثار التي تتعلق بالأحكام بل يعلم الأحكام منها التي ذكرناها في الكتاب ثم يعرف الآحاد والمتواتر والمسند والمرسل ، وأما الاجماع فيعرف أقوال العلماء فيما أجمعوا عليه وما اختلفوا فيه ، ويعرف طرفا من لسان العرب يمكنه أن

يعرف به أحكام الكتاب والسنة لأنهما عربيان ، ويعرف القياس على ما بين في أصول الفقه ، وقال ابن داود : شرط الشافعي رحمه الله في المفتي شرائط لا توجد الا في الأنبياء ، ومن أصحابنا من قال : شرط الشافعي رحمه الله في الحاكم والمفتي شروطا تمنع أن يكون أحد بعده حاكما أو مفتيا ، وهذا ليس بصحيح لأنه يسهل تعلمه لأنه قد دون وجمع . هـذا نقل أصحابنا العراقيين ، كالشيخ أبي حامد الاسفرايني والبندنيجي والمحاملي في المجموع والأوسط والمقنـع واللباب والتجريد والقاضي أبي الطيب والماوردي في الحاوي وأبي الحسن بن خيران في اللطيف وسليم الرازي في التقـريب والعبدري في الكفاية وغيرهم . وقال الخراسانيون : أما القـاضي فعلى ما مضى وأما المفتي فان الرجل اذا عرف مذهب امام حبر ولم يبلغ مبلغ المجتهـدين فهل يجوز له أن يفتي على مذهب ذلك الامام ؟ فيه وجهـان أحدهما يجوز وهو اختيار القفـال ، والثاني : لا يجوز وأصل هـذا أن المستفتي هل هو مقلد للمفتي أو للحبر وهو صاحب المذهب ؟ فيه وجهان ، فان قلنا : انه مقلد لصاحب المذهب جاز له أن يفتي ، وان قلنـا انه مقلد للمفتي لم يجز له أن يفتي . هذا مذهبنا وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة : لا تشترط هذه الشرائط في القاضي ، بل يجوز أن يكون عاميـا ثم يقلد العلماء ويحكم ، دليلنا قوله تعـالى : (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) والتقليد ليس بما أنزل الله ، ولما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فحكم فجار في حكمه فهو في النار ، ورجل قضى بين الناس على جهل فهو في النار) والمقلد يقضي بجهل ، ولأن الحكم آكد من الفتيا لأن الفتيا لا يلزم المستفتي ما يفتاه ، فاذا لم يجز أن يكون المفتي عاميا فلأن لا يجوز أن يكون القاضي عاميا أولى ويشترط أن يكون القاضي مع كونه مجتهدا عدلا كاملا فأما العدل فلا يجوز أن يكون كافرا ولا فاسقا ، فان ولى القضـاء وهو عدل ثم فسق بطلت ولايته ، وقال الأصم : يجوز أن يكون فاسقا . دليلنا أن القضاء يتضمن الولايات في التزويج والنظر في أموال السفهاء واليتامى والوقوف ، والفسق ينافي هذه الولايات فلم ينعقد معه القضاء .

وأما الكمال فيشترط أن يكون كاملا فى الحكم والخلق فالكمال فى الحكم أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا • وقال ابن جرير : يجوز أن تكون المرأة قاضية فى جميع الأحكام كما يجوز أن تكون مفتية • وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون قاضية فى الحدود ، دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » وفى رواية : « ولو أمورهم » وضد الفلاح الفساد ، فاقتضى الخبر أنها اذا وليت القضاء فسد أمر من وليتهم ، لأن حال تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجب والنبى صلى الله عليه وسلم يقول : (أخرجوهن من حيث أخرجهن الله) والمرأة اذا وليت القضاء كانت مقدمة والرجال مؤخرون عنها فلم يجز ، ولأن القضاء آكد من حال الامامة فى الصلاة فاذا لم يجز أن تكون المرأة امامة للرجال فلأن لا يجوز أن تكون قاضية أولى ، ولا يجوز أن تكون الخنثى المشكل قاضيا لجواز أن تكون امرأة ، وأما الكمال فى الخلق فلا يجوز أن يكون القاضى أعمى — وفيه وجه أنه يجوز أن يكون أعمى — ولا أصم ولا أخرس لأن فقد هذه الحواس يمنع استيفاء الحكم بين الخصمين ، وحكى الشيخ أبو اسحاق هنا فى الأخرس وجها آخر أنه يصح أن يكون قاضيا اذا فهمت اشارته ، والمشهور هو الأول ، وهل يصح أن يكون القاضى أميا لا يكتب ؟ فيه وجهان أحدهما يجوز لأنه من أهل الاجتهاد والعدالة ، وفقد الكتابة لا يؤثر فيه كما أن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يكتب وهو امام الأئمة وحاكم الحكام • والثانى : لا يجوز لأنه يحتاج أن تقرأ عليه المحاضر والسجلات ويقف على ما يكتب كاتبه ، فاذا لم يكن كاتبا ربما غير عليه القارىء والكاتب ، ويفارق النبى صلى الله عليه وسلم فان كونه لا يكتب من معجزاته صلى الله عليه وسلم ولأن أصحابه كانوا عدولا يؤمن منهم الخيانة فى الكتاب له ، ولو خان أحد منهم فى ذلك أعلمه الله تعالى •

ويستحب أن يكون القاضى مع هذه الشرائط حليما ذا فطنة وتيقظ عالما بلغات أهل قضائه جامعا للعفاف بعيدا من الطمع لينا فى الكلام ذا سكينة ووقار ، لما روى أن عليا رضى الله عنه ولى أبا الأسود القضاء ساعة ثم عزله فقال له : لم عزلتنى ؟ فوالله ما خنت فقال : بلغنى أن كلامك يعلو كلام الخصمين اذا تحاكما اليك •

ويستحب الا يكون القاضى جبارا متكبرا لأن ذلك يمنع الخصم من استيفاء حجته ، ويستحب ألا يكون ضعيفا مهينا لأنه اذا كان على هـذه الصفة انبسط الخصمان بالتشاتم وذكر السخف بين يديه وربما انبسطا عليه فى الكلام توقحا واستخفافا ، فيستحب أن يكون بين هاتين الحالتين لما روى عن بعض السلف فى صفة القاضى (شدة من غير عنف ولين من غير ضعف) ولقول عمر رضى الله عنه : لقد هممت أن أنزع هذا الأمر من هؤلاء وأضعه فيمن اذا رآه الفاجر فزع منه وروى : فرق منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجوز ولاية القضاء الا بتولية الامام او تولية من فوض اليه الامام لأنه من المصالح العظام ، فلا يجوز الا من جهة الامام فان تحاكم رجلان الى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما جاز لأنه تحاكم عمر وابى ابن كعب الى زيد بن ثابت ، وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم واختلف قوله فى الذى يلزم حكمه فقال فى (أحد القولين) لا يلزم الحكم الا بتراضيهما بعد الحكم ، وهو قول المزنى رحمه الله تعالى ، لأنا لو الزمناهما حكمه كان ذلك عزلا للقضاة وافتيانا على الامام ، ولأنه لما اعتبر تراضيهما فى الحكم اعتبر رضاهما فى لزوم الحكم (والثانى) انه يلزم بنفس الحكم لأن من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضى الذى ولاه الامام واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم ، فمنهم من قال : يجوز فى كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضى الذى ولاه الامام ، ومنهم من قال : يجوز فى الأموال . فأما فى النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز فيها التحكيم لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم .**

الشرح لا يصح عقد القضاء الا من رئيس الدولة (الامام) أو النائب عنه ، لأن ذلك مما يتعلق بمصلحة عامة النـاس فلم يصح الا من الامام أو النائب عنه ، فان عقد الامام القضاء لرجل يصلح للقضاء ثم عزله وهو يصلح للقضاء فهل ينعزل ؟ فيه وجهان أحدهما : لا ينعزل كما لو عقد أهل الحل والعقد الامامة لمن يصلح لها ثم عزلوه من غير سبب ، والثانى : ينعزل لما ذكرناه من عزل على رضى الله عنه لأبى الأسود ، فاذا قلنا بهذا فقال له الامام : قد عزلتك انعزل بذلك ، وان كتب اليه عزلتك فهل ينعزل قبل

أن يعلم بالعزل ؟ من أصحابنا من قال : فيه قولان كما قلنا فى الوكيل ، وقال الشيخ أبو زيد المروزى : لا ينعزل حتى يبلغه العزل قولا واحدا ، لأنا لو قلنا : ينعزل قبل أن يبلغه العزل أدى الى فساد عظيم ، وان كتب اليه اذا أتاك كتابى فأنت معزول لم ينعزل قبل أن يأتيه الكتاب ، وان كتب اليه اذا قرأت كتابى هذا فأنت معزول لم ينعزل قبل أن يقرأ كتابه . وان ولى الامام قاضيا فمات الامام فلم ينعزل القاضي لأن الصحابة رضى الله عنهم ولو القضاء فلم ينعزلوا بموت الخلفاء .

فـــرع اذا تحاكم رجلان عند رجل يصلح للقضاء وليس بقاض فحكم بينهما صح حكمه ، لما روى البيهقى عن الشعبى أن عمر وأبى بن كعب تحاكما الى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم . فان قيل : كان عمر وعثمان الامامين فى وقتهما فاذا ردا ذلك الى غيرهمـا صار حاكما (فالجواب) أنه لم ينقل عنهما أكثر من الرضا بالحكم وبذلك لا يصير حاكمـا ، وبأى شيء يلزمه حكمه بينهما ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يلزمهما حكمه الا بتراضيهما بحكمه بعد الحكم ، لأنه لما اعتبر رضاهما فى ابتداء الحكم اعتبر رضاهما بلزوم حكمه (والثانى) يلزمهما حكمه بنفس الحكم لقوله صلى الله عليه وسلم : « من حكم بين اثنين تراضيا بحكمه فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى » فلما توعده على ترك العدل فى الحكم دل على أنه اذا عدل لزم حكمه ، ولأن من صح حكمه لزمه بنفس الحكم كالحـاكم الذى ولاه الامام فعلى هذا اذا حكم بينهما لم يكن لأحدهما الامتناع ، وان امتنع أحدهما بعد شروعه فى الحكم وقبل تمامه ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك ، لأن رضاهما لم يوجد حال الحكم ، فهو كما لو امتنع أحدهما قبل شروعه فى الحكم (والثانى) ليس له ذلك لأنا لو جوزنا له ذلك لأدى الى أن كل واحد منهما اذا رأى فى الحكم ما لا يوافقه رجع فيؤدى الى ابطال المقصود .

واختلف أصحابنا فى الموضع الذى يصح فيه حكمه ، فمنهم من قال : يصح فى جميع الأحكام لأن من صح حكمه فى حكم من الأحكام صح فى جميع الأحكام كالحاكم الذى ولاه الامام (والثانى) يصح حكمه فى جميع

الأحكام الا أربعة أحكام : النكاح واللعان والقصاص وحد القذف لأن هذه الأحكام نص عليها فى الشرع فلا يجوز أن يتولاها الا الامام أو من ولاه . هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال المسعودى : اذا حكما بينهما حاكما فحكم فهل ينفذ حكمه ؟ فيه قولان .

اذا ثبت هذا فان التحكيم من الخصمين يجوز سواء كان فى البلد حاكم أو لم يكن حاكم ، فاذا رفع حكمه الى الحاكم الذى ولاه الامام لم ينقض حكمه اذا كان مثله لا ينقض مثله . وقال أبو حنيفة اذا رفع حكم الى الحاكم الذى ولاه الامام فله أن ينقضه اذا خالف رأيه وان كان مما لا ينقض مثله دليلنا أنه حكم قد صح ولزم فلم يكن له فسخه لمخالفته رأيه ، كما لو كان من حاكم قبله ولاه الامام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجوز ان يجعل قضاء بلد الى اثنين واكثر على ان يحكم كل واحد منهم فى موضع ، ويجوز ان يجعل الى احدهما القضاء فى حق والى الآخر فى حق آخر ، والى احدهما فى زمان والى الآخر فى زمان آخر ، لانه نيابة عن الامام فكان على حسب الاستنابة . وهل يجوز أن يجعل اليهما القضاء فى مكان واحد فى حق واحد وزمان واحد ؟ فيه وجهان (احدهما) انه يجوز لانه نيابة فجاز ان يجعل الى اثنين كالوكالة (والثانى) انه لا يجوز لانهما قد يختلفان فى الحكم فتقف الحكومة ولا تنقطع الخصومة .

فصل ولا يجوز أن يعقد تقلد القضاء على ان يحكم بمذهب بعينه لقوله عز وجل : « فاحكم بين الناس بالحق » والحق ما دل عليه الدليل ، وذلك لا يتعين فى مذهب بعينه ، فان قلد على هذا الشرط بطلت التولية لانه علقها على شرط وقد بطل الشرط فبطلت التولية .

الشرح هذان الفصلان واضحان فى دلالتهما على ما اشتملا عليه من أمور (أحدها) أنه يجوز للامام أن يعهد بالقضاء فى بلد الى اثنين أو أكثر على أن يحكم كل واحد منهما موضعا ، أو على أن يحكم أحدهما فى قضية والآخر فى قضية أخرى وعلى أن يحكم أحدهما فى زمان والآخر فى

زمان ، لأنهما يملكان الحكم باذنه فكان على حسب ما أذن فيه لهما • وهل يجوز أن يجعل اليهما القضاء فى مكان واحد وزمان واحد وقضية واحدة ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز ذلك فى سائر الأشياء التى يجوز النيابة فيها (والثانى) لا يجوز لأنهما قد يختلفان فى الحكم فيبطل المقصود (ثانيها) لا يجوز أن يعقد القضاء على أن يحكم بمذهب امام بعينه ، لما فى ذلك من التقليد وعدم الاجتهاد ، ولأن الله تعالى يقول : « فاحكم بينهم بالحق » والحق لا ينحصر فى مذهب امام بعينه ، بل الحق ما دل عليه الدليل ، والقاضى المجتهد يدور مع الدليل حيث دار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وإذا ولى القضاء عن بلد كتب له العهد بما ولى لان النبى صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم حين بعثه الى اليمن ، وكتب ابو بكر الصديق رضى الله عنه لأنس حين بعثه الى البحرين كتابا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى حارثة بن مضرب ان عمر كتب الى اهل الكوفة « اما بعد فانى بعثت اليكم عمارا اميرا وعبد الله قاضيا ووزيرا فاسمعوا لهما واطيعوا ، فقد آثرتكم بهما » فان كان البلد الذى ولاه بعيدا اشهد له على التولية شاهدين ليثبت بهما التولية ، وان كان قريبا بحيث يتصل به الخبر فى التولية ففيه وجهان (احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه يجب الاشهاد لانه عقد فلا يثبت بالاستفاضة كالبيع (والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه لا يجب الاشهاد لأنه يثبت بالاستفاضة فلا يفتقر الى الاشهاد ، والمستحب للقاضى أن يسأل عن امناء البلد ومن فيه من العلماء ، لانه لابد له منهم فاستحب تقدم العلم بهم ، والمستحب أن يدخل البلد يوم الاثنين لأن النبى صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين ، والمستحب ان ينزل وسط البلد ليتساوى الناس كلهم فى القرب منه ويجمع الناس ويقرأ عليهم العهد ليعلموا التولية وما فرض اليه •

فصل فاذا اذن له من ولاه ان يستخلف فله أن يستخلف ، وان نهاه عن الاستخلاف لم يجز له أن يستخلف لأنه نائب عنه فتبع امره ونهيه ، وان لم يأذن له ولم ينهه نظرت فان كان ما تقلده يقدر ان يقضى فيه بنفسه ففيه وجهان احدهما وهو قول ابى سعيد الاصطخرى انه يجوز أن يستخلف لأنه ينظر فى المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره (والثانى) وهو المذهب أنه

لا يجوز لأن الذى ولاه لم يرض بنظر غيره ، وان كان ما ولاه لا يقدر ان يقضى فيه بنفسه لكثرته جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه لأن تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه اذن له فى الاستخلاف فيما لا يقدر عليه كما ان توكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه اذن له فى استنابة غيره . وهل له آن يستخلف فيما يقدر عليه ان يقضى فيه بنفسه ؟ فيه وجهان (أحدهما) ان له ذلك لان ما جاز له ان يستخلف فيه البعض جاز أن يستخلف فى الجميع كالامام (والثانى) أنه لا يجوز لأنه انما اجيز له ان يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز فوجب أن يكون مقصورا على ما عجز عنه .

الشرح رواية كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم ضعفها ابن حزم فى المحلى ورماها بالانقطاع وأنه لا تقوم بها حجة ، وأن فى اسنادها سليمان بن داود وهو متفق على تركه وقد ضعفه غير واحد ولكن التحقيق الذى أثبتناه فى كتاب الجنايات يرد قول من قال بتضعيفه لأن الخبر أخرجه مالك فى الموطأ والشافعى فى المسند من حديث عمرو بن حزم عن أبيه واسناده عندهما وعبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه ، قال الشوكانى : ووصله نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن معمر عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم عن أبيه عن جده وجده محمد بن عمرو بن حزم ولد فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ولكن لم يسمع منه كما قال الحافظ ، وكذا أخرجه عبد الرزاق عن معمر ومن طريقه ورواه أبو داود والنسائى من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهرى مرسلا . ورواه أبو داود فى المراسيل عن ابن شهاب قال قرأت فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم حين بعثه الى نجران وكان الكتاب عند أبى بكر بن حزم ورواه النسائى وابن حبان والحاكم والبيهقى موصولا مطولا من حديث الحكم بن موسى عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود حدثنى الزهرى عن أبى بكر بن محمد الخ قال الحافظ ــ يعنى ابن حجر ــ وقد اختلف أهل الحديث فى صحة هذا الحديث فقال أبو داود فى المراسيل قد أسند هذا الحديث ولا يصح والذى فى اسناده سليمان بن داود وهم انما هو سليمان بن أرقم ، وقال فى موضع آخر : لا أحدث به ، وقد وهم الحكم ابن موسى فى قوله سليمان بن داود ، وقد حدثنى محمد بن الوليد الدمشقى أنه قرأ فى أصل يحيى بن حمزة : سليمان بن أرقم وهكذا قال أبو زرعة

الدمشقى أنه الصواب وتبعه صالح بن محمد جزرة وأبو الحسن الهروى وغيرهما وقال صالح جزرة : حدثنا رحيم قال : قرأت فى كتاب يحيى بن حمزة حديث عمرو بن حزم فاذا هو عن سليمان بن أرقم قال صالح : كتب عن هذه الحكاية مسلم بن الحجاج • قال الحافظ ويؤيد هـذه الحكاية ما رواه النسائى عن الهيثم بن مروان عن محمد بن بكار عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن أرقم عن الزهرى وقال : هذا أشبه بالصـواب ، ومن أراد المزيد فليرجع الى كتاب الجنايات فى قتل الرجل بالمرأة ، وقد مضى ، أما دخول النبى صلى الله عليه وسلم المدينة يوم الاثنين فعند البخارى فى حديث الهجرة عن عائشة •

أما الأحكام فاذا ولى الامام رجلا القضـاء على بلد فالمستحب أن يكتب له كتـاب العهد والتولية ، وهـو ما يسمى بالمراسيم الملكية أو الجمهورية أو الرياسية ، وقد استعمل النبى صلى الله عليه وسلم هذه الكتب واستعملها الخلفاء من بعده ، ويأمره فيها بتقوى الله والتثبت فى القضـاء ومشاورة أهل العلم وما يحتاج اليه من القيام بحفظ أموال اليتامى والوقوف ومراعاة حال الشهود وغير ذلك ، فان كان البلد الذى ولاه القضاء عليـه بعيدا عن بلد الامام بحيث يتعذر وصـول الخبر بتوليته اليهم أمكن أن يحضر شاهدين ، ويغنى عن هذا كله أن الاجراءات التى تتم فى تولية القضاة تقتضى حركة سنوية تسمى (الحركة القضائية) تشتمل على تعيين القضـاة الجدد وترقية القدامى الى مناصب أعلا . وفى هذا الاجراء العام من التثبت والاشهار ما لا يفتقر معه الى اشهاد ، وهو ينزل منزلة البلد القريب لما فى وسائل الاتصال السريعة فى عصرنا وما فى الصحف السـيارة التى تنشر الأخبار وكذلك ما تتخذه الحكومات من جريدة رسـمية تنفذ المراسيم بمجرد نشرها فيها ما يجعل لعهد الولاية من الاستفاضة والعلم ما يجعل أحكامه نافذة ، ويستحب أن يدخل دار القضـاء الذى تولاه يوم الاثنين أسوة بالنبى صلى الله عليه وسلم حيث دخل المدينة يوم الاثنين ، وفى هذا اشعار بالدور الذى يؤديه القاضى وهو أمر له من الأثر البالغ فى نفسـه ما فيه ، فان الذى يتحرى الوقت الذى دخل فيه النبى صلى الله عليه وسلم

المدينة انما يتمثل صاحب الشرع فى عطه فيترسمه فى أحكامه ويقتدى به فى عدله ، وهكذا يكون لتحرير تولى عمله يوم الاثنين مغزى يشير الى القدوة ، والمستحب أن يكون مكان المحكمة فى منصف البلد أو فى مكان يسهل على الناس الوصول اليه بغير مشقة ، وأن يكون معروفا للمتقاضين عن طريق توضيح مكانه فى كل أوراق الدعاوى واعلان الجلسات التى ترسل الى الخصوم •

مسألة قوله : فاذا أذن له من ولاه أن يستخلف الخ فجملة ذلك أنه اذا ولى الامام رجلا القضاء على بلد فالمستحب له أن يأذن له أن يستخلف فيما يمكنه القيام به وفيما لا يمكنه ، لأنه قد يحتاج اليه ، فاذا جاز له فى الاستخلاف جاز له أن يستخلف ، وان نهاه عن الاستخلاف قال المصنف : فليس له أن يستخلف لأنه نائب عنه فتبع أمره ونهيه ، وقال القاضى أبو الطيب : ان كان ما ولاه يمكنه القيام به لم يجز له أن يستخلف ، وان كان لا يمكنه القيام به فوجود النهى ها هنا وعدمه سواء ، وان كان ولابد ولم يأذن له فى الاستخلاف ولا نهى عنه نظرت — فان كان ما ولاه يمكنه النظر فيه بنفسه — فهل يجوز له أن يستخلف ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى : انه يجوز له أن يستخلف لأن الغرض بتوليته القضاء والفصل بين الخصمين ، فاذا فعله بنفسه أو بغيره جاز ، ولأنه ينظر فى مصالح المسلمين فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره (والثانى) لا يجوز له أن يستخلف وهو الأصح ، لأنه نائب عن الامام فلم يجز له الاستخلاف فيما يقدر عليه كالدليل فى البيع ، وان كان ما ولاه لا يقدر على النظر فيه بنفسه بأن يولى الامام رجلا القضاء اقليما كبيرا أو قطرا مترامى الأطراف فله أن يستخلف فيما لا يمكنه النظر فيه ، كما قلنا فيمن وكل وكيلا فى بيع ما لا يقدر عليه بنفسه ، وهل له أن يستخلف فيما يقدر على النظر فيه بنفسه ؟ على الوجهين الأولين ، وكل موضع قلنا : له أن يستخلف فيه فاستخلف وحكم الخليفة لزم حكمه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل . ولا يجوز ان يقضي ولا يولى ولا يسمع البينة ولا يكاتب قاضيا فى حكم فى غير عمله فان فعل شيئا من ذلك فى غير عمله لم يعتد به لانه لا ولاية له فى غير عمله فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية .

فصـــــل ولا يحكم لنفسه . وان اتفقت له حكومة مع خصم تحاكما فيها الى خليفة له ، لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه تحاكم مع ابى ابن كعب الى زيد بن ثابت وحاكم عثمان رضى الله عنه مع طلحة الى جبير ابن مطعم ، وتحاكم على عليه السلام مع يهودى فى درع الى شريح ، ولانه لا يجوز أن يكون شاهدا لنفسه فلا يجوز أن يكون حاكما لنفسه ، ولا يجوز أن يحكم لوالده وان علا ولا لولده وان سفل ، وقال ابو ثور ايجوز . وهذا خطأ لأنه متهم فى الحكم لهما كما يتهم فى الحكم لنفسه ، وان تحاكم اليه والده مع ولده فحكم لأحدهما فقد قال بعض اصحابنا انه يحتمل وجهين (أحدهما) انه لا يجوز كما لا يجوز اذا حكم له مع أجنبى (والثانى) انه يجوز لانهما استويا فى التعصيب فارتفعت عنه تهمة الميل ، وان اراد أن يستخلف فى اعماله والده وولده جاز لانهما يجريان مجرى نفسه ثم يجوز ان يحكم فى اعماله فجاز أن يستخلفهما للحكم فى أعماله ، وأما اذا فوض الامام الى رجل ان يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده أو ولده لأنه لا يجوز أن يختار نفسه فلا يجوز ان يختار والده او ولده .

الشرح خبر تحاكم عمر وأبى رواه البيهقى عن الشعبى فى حائط (بستان) كانت بينهما فقال عمر : بينى وبينك زيد بن ثابت فانطلقا فطرق عمر الباب فعرف زيد صوته فقال : يا أمير المؤمنين ألا بعثت الى حتى آتيك ؟ فقال : « فى بيته يؤتى الحكم » وأما تحاكم عثمان وطلحة فعنده أيضا أن عثمان ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة بأرض له بالكوفة ثم ندم عثمان فقال : بعتك ما لم أره فقال : انما النظر لى لأنك بعت ما رأيت وأنا ابتعت مغيبا ، فجعلا بينهما جبير بن مطعم فقضى بجواز البيع . أما تحاكم عثمان وطلحة فعنده أيضا أن عثمان ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة بأرض له بالكوفة ثم ندم عثمان فقال : بعتك ما لم أره فقال : انما النظر لى لأنك ابتعت ما رأيت وأنا ابتعت مغيبا فجعلا بينهما جبير بن مطعم حكما فقضى

بجواز البيع . أما تحاكم على واليهودى فعند الحاكم والبيهقى وأعله ابن الجوزى وغيره بأبى سمير وعمرو بن شمر وجابر الجعفى .

أما الأحكام فاذا ولى الامام قاضيا على بلد فحضر اليه خصمان فى البلد الذى ولى القضاء عليه من غير أهل ذلك البلد جاز أن يحكم بينهما ، وان خرج القاضى عن البلد الذى ولى القضاء عليه الى بلد آخر لم يجز له أن يكتب الى حاكم آخر بما ثبت عنده ليحكم به أو بما يحكم به لينفذه ، فان فعل ذلك لم يعتد بكتابته وهكذا ان وصل اليه كتاب من حاكم فقرأه فى بلد غير بلد عمله يشهد له عنده له شاهدان بذلك لم يجز له العمل بموجب ما كتب اليه حتى يرجع الى بلد عمله ويقرأ الكتاب ثانيا : ويعيد الشاهدان الشهادة لأنه فى غير بلد عمله كسائر الرعية ، وان حضر اليه خصمان فى غير بلد عمله فحكم بينهما لم يعتد به سواء كانا من بلد عمله أو من غيرها لأنه هناك كسائر الرعية ، هكذا قال أصحابنا والذى يقتضى المذهب أن يكون كما و تحاكم رجلان الى من يصلح للقضاء وليس بقاض على ما مضى ، ولو أذن الامام للقاضى أن يحكم بين أهل ولايته حيثما كانوا جاز له أن يحكم بينهم وان كانوا فى ولاية غيره ، وان اجتمع حاكمان فى غير عملهما فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به أو بشىء ثبت عنده لم يصح ذلك الاخبار فلا يجوز للسامع أن يحكم بما أخبره الآخر بثبوته عنده ولا أن ينفذ ما أخبره أنه حكم به لأن الخبر مردود وسماعه لم يصح ، وأما اذا التقيا فى عمال أحدهما — فان اجتمع قاضى الجند وقاضى المدينة فان أخبر قاضى الجند قاضى المدينة بما ثبت عنده أو بحكم حكم به صح الاخبار ، لأن قاضى الجند فى موضع عمله فصح اخباره ، فان رجع قاضى المدينة الى موضع عمله فهل يجوز له أن يعمل بموجب ما أخبره به قاضى الجند ؟ فيه قولان بناء على القولين فى القاضى هل يجوز أن يحكم بعلمه ؟ ويأتى بيانهما فى موضعهما ، وان أخبر قاضى المدينة قاضى الجند بشىء ثبت عنده أو حكم به لم يصح اخباره ، فلا يجوز لقاضى الجند العمل بموجب خبره لأن قاضى المدينة فى الجند كسائر الرعية ..

مســـألة ولا يجوز للقاضى أن يحكم لنفسه كما لا يجوز أن

يشهد لنفسه ، فان اتفق بينه وبين غيره خصومة تحاكما الى الامام أو الى بعض القضاة الذين ولاهم الامام ، فان تحاكما الى نائب القاضى المخاصم صح ، لأن عمر رضى الله عنه تحاكم مع أبى بن كعب الى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم وتحاكم على مع يهودى الى شريح فى درع ، ولا يجوز أن يحكم لوالده وان علا ، ولا لولده وان سفل ، وقال أبو ثور من أصحاب الشافعى : يجوز • دليلنا أنه لا تقبل شهادته له فلم يصح حكمه له كنفسه ، وان تحاكم اليه والده وولده فهل يصح حكمه ؟ فيه وجهان أصحهما : لا يصح كما لا يصح حكمه بين أحدهما وبين الأجنبى وبه قطع أصحابنا ، والثانى : يصح لأنهما سواء فى البعضية منه فارتفعت عنه تهمة الميل ، وان أراد القاضى أن يستخلف ولده أو والده جاز ـ اذا كانا من أهل القضاء ـ لأنهما يجريان مجرى نفسه ، وان فوض اليه الامام أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار أحدهما كما لا يجوز أن يختار نفسه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ولا يجوز ان يرتشى على الحكم لما روى ابو هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ((لعن الله الراشى والمرتشى فى الحكم)) ولأنه أخذ مال على حرام فكان حراما كمهر البغى ولا يقبل هدية ممن لم يكن له عادة ان يهدى اليه قبل الولاية ، لما روى ابو حميد الساعدى قال : ((استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من بنى أسد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال : هـذا لكم وهذا اهدى الى فقام النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال : ما بال العامل نبعثه على بعض اعمالنا فيقول : هـذا لكم وهذا أهدى الى الا جلس فى بيت أبيه او امه فينظر أيهـدى اليه أم لا ؟ والذى نفسى بيده لا يأخذ احد منها شيئا الا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته)) فدل على ان ما اهدى اليه بعد الولاية لا يجوز قبوله ، واما من كانت له عادة بأن يهدى اليه قبل الولاية برحم أو مودة فانه ان كانت له فى الحال حكومة لم يجز قبولها منه ، لانه لا يأخذ فى حال يتهم فيـه ، وان لم يكن له حكومة فان كان أكثر مما كان يهدى اليه او ارفع منه لم يجز له قبولهـا لأن الزيادة حدثت بالولاية ، وان لم يكن اكثر ولا ارفع مما كان يهـدى اليه جاز قبولها لخروجها عن تسبب الولاية ، والأولى ان لا يقبل لجواز ان يكون قـد اهدى اليه لحكومة منتظرة •

فصــــل ويجوز أن يحضر الولائم لأن الاجابة الى وليمة غير العرس مستحبة وفى وليمة العرس وجهــان (احدهمــا) أنها فرض على الأعيــان (والثانى) انها فرض على الكفاية ولا يخص فى الاجابة قوما دون قوم ، لأن فى تخصيص بعضهم ميلا وتركا للعــدل فان كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور فى حق الجميع لأن الاجابة الى الوليمة اما أن تكون سنة أو فرضا على الكفاية او فرضا على الأعيان الا أنه لا يستضر بتركها جميع المسلمين والقضاء فرض عليه ويستضر بتركه جميع المسلمين فوجب تقديم القضاء •

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه الترمذى وحسنه وابن حبان والحاكم ، وأخرجه الطبرانى عن أم سلمة قال المنذرى : باســـناد جيد ، وروى الطبرانى عن ابن مسعود قال : « الرشوة فى الحكم كفر ، وهى بين الناس سحت » وحديث أبى حميد الساعدى أخرجه الشيخان وأبو داود وفيه : « استعمل النبى صلى الله عليه وسلم على الأزد رجلا يقال له ابن اللتبية » الحديث •

اما اللغات فابن اللتبية بضم اللام واسكان التاء منسوب الى بنى لتب وهم حى من أزد ، والرشوة بفتح الراء وكسرها وضمها ثلاث لغــات قال ثعلب : هو من رشا الفرخ اذا مد رأســـه الى أمه لتزقه ، واسترشى الفصيل طلب الرضاع قال فى الأساس : ومن المجاز : امتدت أرشية الحنظل والبطيخ وسيورها وهى أغصانها قد أرشى الحنظل وترشيت فلانا لا ينته كما يصانع الحاكم بالرشوة ورشوت الدهر صبرا حتى قضى لى عليكم ولقد أبدع من قال :

ترشو أجنتهـــا المطى شرابهـــا طمعا بأن ينتاشهن من الصدى

وقوله : (من بنى أسد) فى الصحيحين (الأزد) وهو لغة فى الأســـد تجمع قبائل وعمائر كثيرة فى اليمن ، وأزد أبو حى من اليمن وهو أزد بن الغوث بن نبت بن مالك بن كهلان بن سبأ وهو أسد قال فى اللسان وهـــو أفصح وهم أزد شنوءة وأزد عمان وأزد السراة • وأما أسد بالفتح فهـــو أبو قبيلة من مضر وهو أسد بن خزيمة بن مدركة بن اليـــاس بن مضر ، وأسد أيضا قبيلة من ربيعة وهو أسد بن ربيعة بن نزار •

أما الأحكام فانه يحرم على القاضي أخذ الرشوة للخبر ، ولأنه ان أخذ الرشوة ليحكم بغير الحق فالحكم بغير الحق محرم ، وكذلك الأخذ عليه ، وان أخذ الرشوة ليوقف الحكم فان امضاء الحكم واجب عليه فحرم الأخذ على ايقافه ، وان أخذ الرشوة ليحكم بالحق لم يجز لأنه يأخذ الرزق من الامام فلم يجز أن يأخذ عوضا آخر ، وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد والقاضي أبا الطيب قالا : اذا كان القاضي لا يأخذ رزقا من الامام فقال للخصمين : لست أقضي بينكما حتى تجعلا لي عوضا جاز . قال ابن الصباغ في الشامل : وينبغي أن يكون أخذه لذلك من أحدهما ليحكم بالحق يجري مجرى الهدية على ما نذكرها ، فأما الراشي فان كان يطلب بما يدفعه أن يحكم بغير الحق أو على ايقاف الحكم حرم عليه ذلك ، وعليه تحمل لعنة النبي صلى الله عليه وسلم للراشي ، وان كان يطلب بما يدفعه وصوله الى حقه لم يحرم عليه ذلك هكذا أفاده القاضي العمراني في البيان ، والذي ندين الله عليه أنه ينبغي أن يتورع القاضي عن أخذ الهدية كما يجب على المتقاضين أن يفتحوا هذا الباب لأنه شر مستطير ، وفشو الرشوة في أرباب وظائف الخدمات العامة بلاء أفسد الذمم وأساء الى الرعية ، وأخمد الشعور بالواجب ، وأهمد الضمائر وأمات القلوب ، وعطل المصالح المرسلة ، وكدس الأضابير والأوراق أمام أرباب الوظائف الذين قد يعطلون أحكام القضاء انتظارا للرشوة ، وقد تضيع حقوق الأيتام والأرامل لعجز أولئك عن اشباع شهوات المرتشين .

فــرع اذا أهدى الى القاضي أو الى الموظف على موقع من مواقع العمل في الدولة هدية نظرت ــ فان كان المهدي ممن لم تجر له العادة بالهدية اليه قبل الولاية ــ حرم عليه قبول الهدية لحديث أبي حميد الساعدي الذي خرجناه آنفا ولحديث « من وليناه ورزقناه فما يأخذ بعد ذلك فهو غلول » أخرجه أبو داود ، والهدية رشوة ما دامت نفس المرتشي مستشرفة لها ، وقد أخرج أبو داود ، والترمذي وصححه وابن ماجه عن ابن عمر مرفوعا : « لعن الله الراشي والمرتشي » ولفظ ابن ماجه : « لعنة الله على الراشي والمرتشي » وعند الطبراني ورواته ثقات : « الراشي والمرتشي

فى النار » ورواه البزار بلفظه من حديث عبد الرحمن بن عوف ، وعن ثوبان قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي والرائش » (يعنى الذى يمشى بينهما بالرشوة) وفى سنده أبو الخطاب مجهول ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من ولى عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو بما كرهوا جىء به مغلولة يده فان عدل ولم يرتش ولم يحف فك الله عنه ، وان حكم بغير ما أنزل الله وارتشى وحابى فيه شدت يساره الى يمينه ، ثم رمى به فى جهنم فلم يبلغ قعرها خمسمائة عام » رواه الحاكم عن سعدان بن لوليد عن عطاء عنه وقال : سمعه لحسن بن بشر البجلى منه وسعدان كوفى قليل الحديث ولم يخرج الشيخان عنه .

قال ابن الصباغ وأصحابنا يحتجون بحديث أبى حميد وليس فيه حجة ظاهرة ، لأن العامل قبل الهدية ممن له عليه سلطان ، وكلامنا فيمن لا يكون له عليه شىء ، ولأن من لم يجر العادة بالهدية الى القاضى قبل الولاية اذا أهدى اليه شيئا فالظاهر أنه أهدى له ذلك لخصـــومة حاضرة فلم يجز له قبولها ، وأما اذا أهدى اليه من كانت له عادة بالهدية اليه قبل الولاية بقرابة أو بصداقة ـ فان كانت له حكومة ـ لم يجز له قبولها ، لما روى أن زيد ابن ثابت كان يهدى الى عمر كل سنة لبنا ثم انه استقرض منه من بيت المال فأقرضه مائتى دينار فأهدى زيد لعمر من عشيته شيئا من اللبن فلم يقبل وقال : لعله انما قدم لنا لما أقرضناه فلم يقبل ذلك منه حتى قضى زيد دينه ، وان لم تكن له حكومة فهل يجوز له قبولها ؟ حكى ابن الصباغ والطبرى فيه وجهين (أحدهما) لا يجوز قبولها لقوله صلى الله عليه وسلم : « هدايا العمال غلول » وروى « سحت » ولم يفرق (والثانى) وهو المنصوص ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره أن الأولى أن لا يقبل لجواز أن يكون قد أهدى له لحكومة منتظرة ، فان قبلها جاز لأن العادة جرت باهدائه اليه لا لأجل الحكومة فلم تلحقه تهمة ، وذكر المصنف اذا لم تكن له خصومة فان كان أكثر مما كان يهدى اليه أو أرفع منه لم يجز له قبولها ، وان كان مثل ما كان يهدى اليه جاز له قبولها . هذا ترتيب أصحابنا العراقيين وقال الخراسانيون: ان كان المهدى أحد المتحاكمين لم يجز له قبول الهدية منه ، وان كان غير

المتحاكمين ــ فان كان من أهل ولايته ــ لم يقبل منه سواء كان يهدى اليه قبل الولاية أو لا يهدى اليه . وان كان من غير أهل ولايته فالأولى ألا يقبل منه ، فان قبل منه جاز ، وان خرج القاضى من بلد ولايته أو أحيل الى التقاعد بعد بلوغه سن الشيخوخة (سن المعاش) فأهدى اليه فهل يجوز قبولها ؟ فيه وجهان (المنصوص) أنه يجوز له قبولها لأنه هناك كسائر الرعية (والثانى) لا يجوز له قبولها كما لا يجوز له أخذ الرشوة هناك ، وكل موضع قلنا : لا يجوز له قبول الهدية فقبلها فانه لا يملكها ، لأنا قد حكمنا بتحريمها عليه ، والى من يردها ؟ فيها وجهان (أحدهما) يردها الى المهدى لأن ملكه لم يزل عنها (والثانى) أنه يردها الى بيت المال وهو ظاهر المذهب لأنه أهدى اليه بمكان ولايته وهو منتصب بمصلحة المسلمين فكأن المهدى أهدى ذلك الى المسلمين فصرف ذلك فى مصالحهم وكذلك الوجهان فى العامل (أى الوالى أو المحافظ أو المأمور) اذا قبل الهدية (أحدهما) يردها على المهدى (والثانى) يجعلها فى الصدقات . هذا ترتيب أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : هل يملكها المهدى اليه ؟ فيه وجهان .

قال الامام الشوكانى قاضى صنعاء رحمه الله : وقد بوب البخارى فى أبواب القضاء « باب هدايا العمال » وذكر حديث ابن اللتبية المشهور ، والظاهر أن الهدايا التى تهدى للقضاة وتحرم هى نوع من الرشوة لأن المهدى اذا لم يكن معتادا للاهداء الى القاضى قبل ولايته لا يهدى اليه الا لغرض وهو اما التقوى به على باطنه أو التوصل لهديته له الى حقه والكل حرام كما تقدم ، وأقل الأحوال أن يكون طالبا لقربه من الحاكم وتعظيمه ونفوذ كلامه ولا غرض له بذلك الا الاستطالة على خصومه أو الأمن من طالبتهم له فيحتشمه من له حق عليه ويخافه ما لا يخافه قبل ذلك ، وهذه الأغراض كلها تؤول الى ما آلت اليه الرشوة فليحذر الحاكم المتحفظ لدينه المستعد للوقوف بين يدى ربه من قبول هدايا من أهدى اليه بعد توليه للقضاء ، فان للاحسان تأثيرا فى طبع الانسان ، والقلوب مجبولة على حب من أحسن اليها ، فربما مالت نفسه الى المهدى اليه ميلا يؤثر الميل عن الحق عند عروض المخاصمة بين المهدى وبين غيره ، والقاضى لا يشعر بذلك

ويظن أنه لم يخرج عن الصواب بسبب ما قد زرعه الاحسان فى قلبه ، والرشوة لا تفعل زيادة على هذا ، ومن هذه الحيثية امتنعت عن قبول الهدايا بعد دخولى فى القضاء ممن كان يهدى الى قبل الدخول فيه بل من الأقارب فضلا عن سائر الناس ، فكان فى ذلك من المنافع ما لا يتسع المقام لبسطه ، أسأل الله أن يجعله خالصا لوجهه ا هـ .

مسألة اذا دعى القاضى الى الوليمة فالمستحب له أن يجيب لحديث النبى صلى الله عليه وسلم « ولو دعيت الى كراع لأجبت » ولأن الاجابة من فرائض الكفايات والقاضى من أهل الكفايات ، فان كثرت عليه الدعوات الى الولائم ، وكان حضوره فيها يشغله عن الحكم لم يحضرها ، لأن حضورها فرض على الكفاية ولم يتعين عليه ، والوجه والحكم قد تعين عليه لما صار قاضيا ، والمستحب له أن يعتذر الى من دعاه ويعرفه اشتغاله بالحكم ويسأله أن يحلله من الحضور ، ولا يخص بالاجابة قوما دون قوم لأن فى ذلك ميلا الى من حضر عنده وكسرا لمن يحضر عنده هكذا أفاده العمرانى والماوردى وقال الطبرى فى العدة : وقد قيل : ان هذا عقد يساوى أحوال أصحاب الولائم أو يقارب أحوالهم فى علمهم وفضلهم وصلاحهم ، فأما من ليس فى درجتهم من الفساق أو السوقة فلا بأس عليه ألا يجيبهم ، وان كان يجيب غيرهم ، والأول هو المشهور هذا ترتيب أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : ان دعاه الخصمان أو أحدهما الى الضيافة لم يجب ، لأن أحدهما ربما زاد فى اكرامه ما لا يزيد الآخر ، وان دعاه غير الخصمين الى الضيافة ــ فان دعاه الى غير الوليمة لم يجب ، وان دعاه الى الوليمة ــ فان كانت الدعوة حفلا ــ بأن فتح الباب لكل من أراد أن يدخل لم يجب ، وان كانت الدعوة نقرا بأن يخص قوما من أهل كل طائفة بأعيانهم لم يجب ، وان دعا كل طائفة واستوعبهم ــ فان كان الحاكم يجد من طبعه أنه يجيب غيره ــ أجابه ، وان كان يجد من طبعه أنه لا يجيب غيره لم يجبه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

ويجوز أن يعود المرضى ويشهد الجنائز ويأتى مقدم الغائب لقوله صلى الله عليه وسلم « عائد المريض فى مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع » وعاد النبى صلى الله عليه وسلم سعدا وجابرا وعاد غلاما يهوديا فى جواره وعرض عليه الاسلام فأجاب ، وكان يصلى على الجنائز فان كثرت عليه انى من ذلك ما لا يقطعه عن الحكم ، والفرق بينه وبين حضور الولائم حيث قلنا : انها اذا كثرت عليه ترك الجميع أن الحضور فى الولائم لحق أصحابها فاذا حضر عند بعضهم كان ذلك للميل الى من يحضره ، والحضور فى هذه الأشياء لطلب الثواب لنفسه فلم يترك ما قدر عليه .

فصل ويكره أن يباشر البيع والشراء بنفسه لما روى ان ابو الأسود المالكى عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما عدل وال اتجر فى رعيته أبدا » وقال شريح : « شرط على عمر رضى الله عنه حين ولانى القضاء أن لا ابيع ولا ابتاع ولا ارتشى ولا أقضى وأنا غضبان » ولأنه اذا باشر ذلك بنفسه لم يؤمن ان يحابى فيميل الى من حاباه ، فان احتاج الى البيع والشراء وكل من ينوب عنه ولا يكون معروفا به ، فان عرف انه وكيله استبدل بمن لا يعرف به حتى لا يحابى فتعود المحاباة اليه ، فان لم يجد من ينوب عنه تولى بنفسه لأنه لابد له منه ، فاذا وقعت لمن بايعه حكومة استخلف من يحكم بينه وبين خصمه لأنه اذا تولى الحكم بنفسه لم يؤمن أن يميل اليه .

الشرح الحديث أخرجه البزار من مسند عبد الرحمن بن عوف وعيادة النبى صلى الله عليه وسلم لسعد وجابر مضت فى الفرائض ، وأما عيادته اليهودى ففى سنن البيهقى وحديث « ما عدل وال » أخرجه الحاكم .

اما اللغات قوله : (مخرف من مخارف الجنة) من قولك : خرفت الثمار خرفا من باب قتل قطعتها ، واخترفتها كذلك ، والخريف الفصل الذى تخترف فيه الثمار والنسبة اليه خرفى بالتحريك والمخرف بفتح الميم موضع لاختراف وبكسرها المكتل وسمى الحمل : الخروف لأنه يرتع فيأكل من ههنا وههنا كأنه يخرف . وقال ابن بطال الركبى : المخرف بالفتح البستان قال الأصمعى : واحد المخارف مخرف وهو جنس النخل سمى بذلك لأنه يخرف أى يختبىء اهـ قلت : ويقولون خرف الرجل خرفا كتعب فسد

عقله لكبره فهو خرف ، وقال الحجاج لعبد الله بن عمر حين رد عليه على المنبر : اسكت يا شيخا قد خرف •

اما الأحكام فانه يجوز للقاضي أن يعود المريض ويشهد الجنائز وأتى بمقدم الغائب لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك : ولا يجوز له أن يتجر حتى لا يتعرض لمحاباة من يعامله والمحاباة بمنزلة الهدية والرشوة ، وقبول الهدية محرم عليه والرشوة أكثر حرمة ، ولأن في اشتغاله بالبيع والشراء تشويشا لخاطره ، وان احتاج الى ذلك اتخذ وكيلا لا يعرف أنه وكيله لئلا يحابى ، فان باع واشترى بنفسه صح لأن المحاباة أمر مظنون فلا يبطل البيع بأمر مظنون • قال الشافعي رضي الله عنه : وأكره للحاكم النظر في أمر صنعته ونفقة منزله وعياله ، بل يوكل وكيلا لأنه اذا تولى ذلك بنفسه انشغل وتشوش خاطره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يقضي في حال الغضب ولا في حال الجوع والعطش ولا في حال الحزن والفرح ، ولا يقضي والنعاس يغالبه ، ولا يقضي والمرض يقلقه ، ولا يقضي وهو يدافع الأخبثين ، ولا يقضي وهو في حر مزعج ولا في برد مؤلم ، لما روى ابو بكرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا ينبغي للقاضي ان يقضي بين اثنين وهو غضبان » وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يقضي القاضي الا وهو شبعان ريان » ولان في هذه الأحوال يشتغل قلبه فلا يتوفر على الاجتهاد في الحكم ، وان حكم في هذه الأحوال صح حكمه لان الزبير ورجلا من الأنصار اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شراج الحرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير : « اسق زرعك ثم أرسل الماء الى جارك ، فقال الأنصاري : ان كان ابن عمتك يا رسول الله فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمر وجهه قال للزبير : اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم ارسله الى جارك » فحكم في حال الغضب •

الشرح حديث أبي بكرة في الصحيحين وغيرهما وحديث أبي سعيد عند الدارقطني والبيهقي وفيه القاسم العمري ضعيف ، وحديث اختصام الزبير ورجل من الأنصار مضى في الصلح والمساقاة •

اما اللغات . فمدافعة الأخبثين هكذا بالتثنية البول والغائط ويسمى حبس البول (حقنا) وحبس الغائط (حقبا) وصيغت على أفعلين تنبيها على شدة قذارتهما ونجاستهما وخبثهما ، وقد مضى فى كتاب الصلاة شرحه .

أما الأحكام فيكره للقاضى أن يقضى وهو غضبان لحديث أبى بكرة ، وكان شريح اذا غضب قام ولم يقض ، ولأن الغضب يغير العقل والفهم وذلك يحول بينه وبين صحة الاجتهاد ويورثه النسيان ، ويكره له أن يقضى فى حال يتغير فيه حاله ويشوش فهمه مثل أن يصيبه الجوع الشديد أو الغم الشديد أو الفرح الشديد هكذا أفاده العمرانى وغيره من أصحابنا وكذلك غلبة النعاس أو مدافعة الأخبثين أو حضره طعام تتوق نفسه اليه لحديث أبى سعيد ولأن هذه الأشياء تمنعه من التوفر على الاجتهاد فكره فيها القضاء كحالة الغضب ، فان حكم فى حالة الغضب صح لأن النبى صلى الله عليه وسلم حكم بين الزبير والأنصارى فى حال الغضب ، وقد مضى آنفا أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن يتنازل الزبير عن بعض حقه فلما قال الرجل ما قال قضى النبى صلى الله عليه وسلم بأن يأخذ حقه كاملا حتى يبلغ بالماء الجدر ، فلم يكن للغضب أثر فى الحكم يميل به عن العدل المطلق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والمستحب ان يجلس للحكم فى موضع بارز يصل اليه كل احد ولا يحتجب من غير عذر لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من ولى من أمر الناس شيئا فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون فاقته وفقره)) والمستحب ان يكون المجلس فسيحا حتى لا يتاذى بضيقه الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز ، وان يكون موضعا لا يتاذى فيه بحر او برد او دخان او رائحة منتنة ، لأن عمر رضى الله عنه كتب الى ابى موسى الأشعرى رضى الله عنه : ((واياك والقلق والضجر)) وهذه الأشياء تفضى الى الضجر وتمنع الحاكم من التوفر على الاجتهاد وتمنع الخصوم من استيفاء الحجة فان حكم مع هذه الأحوال صح الحكم كما يصح فى حال الغضب ، ويكره ان يجلس للقضاء فى المسجد لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ، ورفع أصواتكم وخصوماتكم ، وحدودكم وسل سيوفكم ، وشراءكم وبيعكم))

ولأن الخصومة يحضرها اللغط والسفه فينزه المسجد عن ذلك ، ولانه قد يكون الخصم جنبا او خائفا فلا يمكنه المقام فى المسجد للخصومة ، فان جلس فى المسجد لغير الحكم فحضر خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روى الحسن البصري قال : « دخلت المسجد فرأيت عثمان رضى الله عنه قد ألقى رداءه ونام فاتاه سقاء بقربة ومعه خصم فجلس عثمان وقضى بينهما » وان جلس فى البيت لغير الحكم فحضره خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت : « اختصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلان من الأنصار فى مواريث متقادمة فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فى بيتى » .

وان احتاج الى أجرياء لاحضار الخصوم اتخذ أجرياء امناء ويوصيهم بالرفق بالخصوم ، ويكره ان يتخذ حاجبا لأنه لا يؤمن ان يمنع من له ظلامة او يقدم خصما على خصم ، فان دعت الحاجة الى ذلك اتخذ أمينا بعيدا من الطمع ويوصيه بما يلزمه من تقديم من سبق من الخصوم ، ولا يكره للامام أن يتخذ حاجبا لأن يرفا كان حاجب عمر والحسن البصرى كان حاجب عثمان وقنبر كان حاجب على عليه السلام ، ولأن الامام ينظر فى جميع المصالح فتدعوه الحاجة الى ان يجعل لكل مصلحة وقتا لا يدخل فيه كل احد .

الشرح الحديث الأول أخرجه أبو داود والترمذى عن أبى مريم الأزدى بلفظ : « من تولى شيئا من أمر المسلمين فاحتجب عن حاجتهم وفقيرهم احتجب الله دون حاجته » وعند الطبرانى فى الكبير بلفظ : « أيما أمير احتجب عن الناس فأهمهم احتجب الله عنه يوم القيامة » أنكره ابن أبى حاتم وأخرج الحاكم والترمذى وأحمد والبزار عن عمرو بن مرة قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ما من امام أو وال يغلق بابه دون ذوى الحاجة والخلة والمسكنة الا أغلق الله أبواب السماء دون خلته وحاجته ومسكنته » والحديث الثانى حديث معاذ أخرجه ابن ماجه البيهقى وقد ضعفه ، والحديث الثالث فى السنن الكبير عن أم سلمة .

أما الأحكام فيستحب أن يقضى فى مكان بارز للناس ليصل اليه كل أحد ، ويستحب أن يكون الموضع واسعا لئلا يلحقه التبرم والملل فيمنعه ذلك من التوفر على الاجتهاد ، ويلحق المتخاصمين ذلك فلا يمكنهم استيفاء الحجة ، ويستحب ألا يكون بقربه ما يتأذى به من دخان أو رائحة منتنة وما

آشبه ذلك فانها تفضى الى الضجر والملل ، وتمنعه من التوفر على الاجتهاد وتحول بين الخصوم وبين استيفاء الحجة ، فان حكم فى هذه المواضع المكروهة صح حكمه كما يصح فى حال الغضب .

فــــرع ويكره للقاضى أن يجلس فى المسجد للحكم وبه قال عمر وقال الشعبى ومالك وأحمد واسحاق : لا يكره وعن أبى حنيفة روايتان احداهما يكره والثانية لا يكره الا فى المسجد الأعظم لما جاء فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا ينشد ضالة فى المسجد فقال صلى الله عليه وسلم « لا ردها الله عليك ، انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والصلاة » فدل على أن ما عدا هذين منهى عنه فى المسجد ، ولأنه قد يكون فى الخصوم من لا يمكنه اللبث فى المسجد كالجنب والحائض ، ولأن الخصوم يجرى بينهم التكاذب والتشائم فنزه المسجد عن ذلك . فان دخل الحاكم المسجد للصلاة أو الاعتكاف أو كان ينتظر الصلاة فى المسجد وحضر الخصوم لم يكره أن يحكم بينهم لما استدل به المصنف ، ولما رواه البيهقى عن الحسن البصرى قال : دخلت مسجد المدينة فرأيت عثمان وقد كوم كومة من حصى ووضع عليها رداءه ونام فجاء سقاء ومعه قربة ومعه خصم له فتحاكما اليه فجلس وقضى بينهما » وان جلس الحاكم فى بيته لغير الحكم وحضره خصمان كان له أن يحكم بينهما روى ذلك عن أم سلمة ولتحاكم عمر وأبى الى زيد بن ثابت فى بيته وقال عمر قولته المأثورة : (فى بيته يؤتى الحكم) ولا يحتجب القاضى من غير عذر للنهى عن احتجاب من ولى من أمور المسلمين شيئا وتوعده باغلاق أبواب السماء دون حاجته ومسكنته ، فان دعته الحاجة الى اتخاذ حاجب اتخذ حاجبا أمينا بعيدا عن الطمع ويوصيه بأن يقدم الأول فالأول ، ولا يكره للحاكم أن يتخذ حاجبا لأن عمر وعثمان وعليا اتخذ كل منهم حاجبا ، ولأنه ينظر فى جميع المصالح وقد تدعوه الحاجة الى الاحتجاب فى وقت لينظر فى قضية من القضايا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ويستحب ان يكون له حبس لأن عمر رضى الله عنه اشترى دارا بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنا ، واتخذ على عليه السلام سجنا ، وحبس عمر رضى الله عنه الحطيئة الشاعر فقال :

ماذا تقـول لأفراخ بذى مرخ * حمر الحواصل لا ماء ولا شجر
ألقيت كاسبهم فى قعر مظلمة * فارحم عليك سلام الله يا عمر

فخلاه وحبس عمر آخر فقال :

يا عمر الفاروق طال حبسى * ومل منى اخـــوتى وعـرسى
فى حـدث لم تقترفه نفسى * والأمر أضوا من شعاع الشمس

ولأنه يحتاج اليه للتاديب ولاستيفاء الحق من المماطل بالدين ، ويستحب ان يكون له درة للتاديب ، لأن عمـر رضى الله عنــه كانت له درة يؤدب بهـا النـاس .

فصـــــل وان احتاج الى كاتب اتخذ كاتبا لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم على بن أبى طالب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ومن شرطه أن يكون عارفا بما يكاتب به القضاء من الأحكام وما يكتبه من المحـاضر والسجلات ، لأنه اذا لم يعرف ذلك افسد ما يكتبه بجهله . وهل من شرطه أن يكون مسلما عدلا ؟ فيه وجهان (أحدهما) ان ذلك شرط فلا يجوز ان يكون كافرا لأن أبا موسى الأشعرى قدم على عمر رضى الله عنه ومعه كاتب نصرانى فانتهره عمر رضى الله عنه وقال : « ولا تامنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد أبعدهم الله ولا تعزوهم وقد أذلهم الله » ولأن الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل به حقوقهم ، ولا يجوز ان يكون فاسقا لأنه لا يؤمن ان يخون (والوجه الثانى) أن ذلك يستحب لأن ما يكتبه لابد ان يقف عليه القاضى ثم يمضيه فيؤمن فيه من الخيانة .

الشرح الحطيئة واسمه جرول بن أوس بن جؤية من فحـول الشعراء ومتقدميهم وكان ذا شر وسفه ونسبه متدافع بين القبائل كان ينتمى الى كل واحد منها اذا غضب على الأخرى وهو مخضرم أدرك الجـاهلية والاسلام فأسلم ثم ارتد وقال فى ذلك :

أطعنا رسول الله اذا كان بيننا ❊ فيا لعباد الله ما لأبى بكر
أيورثها بكرا اذا مات بعده ❊ وتلك لعمر الله قاصمة الظهر

ولقب بالحطيئة لقصره وقربه من الأرض وقيل غير ذلك ، وكان جشعا سؤولا دنىء النفس بخيلا قبيح المنظر رث الهيئة فاسد الدين كثير الهجاء بذىء اللسان . حدث بين الزبرقان بن بدر وبين قوم كانوا ينازعونه الشرف هم بنو أنف الناقة فانحاز اليهم الحطيئة مع أنه كان فى جوار الزبرقان وأخذ يهجو الزبرقان فشكاه الزبرقان الى عمر فرفعه عمر اليه واستنشده فأنشده فقال عمر لحسان بن ثابت : أتراه هجاء ؟ قال : نعم وسلح عليه فحبسه عمر ، وكان الزبرقان يقول : هجانى يا أمير المؤمنين بقوله :

دع المكارم لا ترحل لبغيتها ❊ واقعد فانك أنت الطاعم الكاسى

فقال عمر : ما أسمع هجاء ولكنها معاتبة فقال : أو ما تبلغ مروءتى الا أن آكل وألبس وسأل عمر لبيد بن ربيعة عن ذلك فقال : ما يسرنى أن لحقنى من هذا الشعر ما لحقه وأن لى حمر النعم [1] . فأمر به عمر فجعل فى نقير فى بئر ثم ألقى عليه شىء فقال فى الحبس أشياء وبعث بها الى عمر ومنها :

أعوذ بجدك انى امرؤ ❊ سقتنى الأعادى سما سجالا
فانك خير من الزبرقان ❊ أشد نكالا وأرجى نوالا
تحنن على هداك المليك ❊ فان لكل مقام مقالا
ولا تأخذنى بقول الوشاة ❊ فان لكل زمان رجالا

فلم يلتفت اليه عمر فكلمه فيه عمرو بن العاص فأخرجه من الحبس فأنشده قوله فيه :

ماذا تقول لأفراخ بذى مرخ ❊ زغب الحواصل لا ماء ولا شجر

---

(١) مهذب الأغانى لابن واصل الحموى .

غادرت كاسبهم فى قعر مظلمة * فاغفر هداك مليك الناس يا عمر
أنت الامام الذى من بعد صاحبه * ألقت اليك مقاليد النهى البشر
لم يؤثروك بها اذ قدموك لها * لكن لأنفسهم كانت بك الأثر
فامنن على صبية بالرمل مسكنهم * بين الأباطح تغشاهم بها القرر
أهلى فداؤك كم بينى وبينهم * من عرض داوية تعمى بها الخبر

فبكى عمر حين قال: « ماذا تقول لأفراخ » فقال عمرو بن العاص: (ما أظلت الخضراء ولا أقلت الغبراء أعدل من رجل يبكى على تركه الحطيئة) ويروى أن عمر لما أطلق الحطيئة أراد أن يؤكد عليه الحجة، فاشترى منه أعراض المسلمين بثلاثة آلاف درهم فقال الحطيئة:

وأخذت أطراف الكلام فلم تدع * شتما يضر ولا مديحا ينفع
وحميتنى عرض اللئيم فلم يخف * ذمى وأصبح آمنا لا يفزع

وقصة استعمال أبى موسى لكاتب نصرانى عند البخارى تعليقا وعند البيهقى موصولا من طريق نافع بن الحارث •

اما اللغات فذو مرخ واد بين فدك والوابشية والرواية المشهورة (بذى آمر) موضع بنجد من ديار غطفان وهى التى رجحها ياقوت و (عرسى) أى عروسى وهى الزوجة •

أما الأحكام فيستحب للحاكم أن يتخذ سجنا لأن الخلفاء الراشدين الثلاثة عمر وعثمان وعليا اتخذوا سجنا ؛ وذلك للتأديب واستيفاء الحق كما سبتحب له أن يتخذ درة •

مســألة اذا تولى الكتابة بنفسه بين الخصمين جاز ، وان اتخذ كاتبا جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم على وزيد ، وأمر زيدا أن يتعلم السريانية فتعلمها فى نصف شهر فكان يقرأ كتب اليهود

على النبى صلى الله عليه وسلم ويكتب اليهم ولأن الحاكم يشتغل بالاجتهاد وبحث القضايا فيحتاج الى كاتب يكتب المحاضر والسجلات فجاز له اتخاذ الكاتب ، ومن شرط الكاتب أن يكون حافظا لئلا يغلط ، ويكون ثقة لئلا يزور عليه وينقل عليه سره وأخبار مجلسه الى غيره ويستحب أن يكون فقيها يعرف مواقع الألفاظ ويفرق بين الجائز والواجب ، ويستحب أن يكون فصيحا عالما بلغات الخصوم فطنا متيقظا ، لا يخدع بغرة ، منزها عن الطمع ، لا يستمال بهدية ، قوى الخط قائم الحروف ، وهل يشترط أن يكون مسلما أو يستحب ؟ فيه وجهان (أحدهما) الاسلام شرط فيه لقوله تعالى : « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا » وقوله تعالى : « لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء » الآية ، واذا كان الكاتب كافرا فقد اتخذه بطانة ووليا ، وروى أن النبى صلى الله عليه سلم قال : « لا تستضيئوا بنار المشركين » وهذا قد استضاء به فى الكتابة ، وقد استعمل أبو موسى كاتبا نصرانيا أعجب عمر خطه فقال : « قل لكاتبك حتى يقرأ على الناس كتابا فى المسجد فقال : انه نصرانى لا يدخل المسجد فانتهره عمر وهم به وقال : لا تأمنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد أقصاهم الله ولا تعزوهم وقد أذلهم الله » ولأنهم أعداء المسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل به حقوقهم فعلى هذا لا يجوز أن يتخذ كاتبا فاسقا (والثانى) أن ذلك ليس بشرط فيه ، بل هو مستحب لأنه لابد أن يطلع الحاكم على ما يكتبه فعلى هذا يجوز أن يتخذ كاتبا فاسقا والأول أصح . هكذا أفاده فى البيان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يتخذ شهودا معينين لا تقبل شهادة غيرهم لان فى ذلك تضييقا على الناس واضرارا بهم فى حفظ حقوقهم ، ولأن شروط الشهادة لا تختص بالمعينين فلم يجز تخصيصهم بالقبول .

فصل ويتخذ قوما من أصحاب المسائل ليتعرف بهم أحوال من جهلت عدالته من الشهود ، وينبغى أن يكونوا عدولا برآء من الشحناء بينهم وبين الناس بعداء من العصبية فى نسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على

جرح عدل ، او تزكية غير عــدل ، وان يكونوا وافرى العقول ليصــلوا بوفور عقولهم الى المطلوب ، ولا يسترسلوا فيسألوا عدوا او صديقا ، لأن العدو يظهر القبيح ويخفى الجميل ، والصديق يظهر الجميل ويخفى القبيح ، وان شــهد عنده شاهد نظرت فان علم عدالته قبل شــهادته ، وان علم فسـقه لم يقبل شهادته ، ويعمل فى العدالة والفسق بعلمه ، وان جهل اسلامه لم يحكم حتى يسأل عن اسلامه ولا يعمل فى اسلامه بظاهر الدار كما يعمل فى اسلام اللقيط بظاهر الدار : ((لأن اعرابيا شهد عند النبى صلى الله عليه وسلم برؤية الهلال فلم يحكم بشهادته حتى سأل عن اسلامه)) ولأنه يتعلق بشهادته ايجــاب حق على غيره فلا يعمل فيه بظاهر الدار ، ويرجع فى اســلامه الى قوله لأن النبى صلى الله عليه وسلم رجع الى قول الأعرابى ، وان جهل حريته ففيه وجهــان (احدهما) وهو ظاهر النص انها ثبتت بقوله ، لأن الظــاهر من الدار حرية اهلها كما ان الظاهر من الدار اسلام اهلها ثم يثبت الاسلام بقوله فكذلك الحرية (والثانى) وهو الأظهر انها لا تثبت بقوله ، والفرق بينها وبين الاسلام انه يملك الاسلام اذا كان كافرا فقبل اقراره به ، ولا يملك الحرية اذا كان عبدا فلم يقبل اقراره بها ، وان جهل عدالته لم يحكم حتى تثبت عدالتــه لقوله تعالى ((فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضــون من الشــهداء)) ولا يعلم انه مرضى قبل السؤال ، وروى سليمان عن حريث قال : ((شــهد رجل عند عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال له عمر رضى الله عنه : انى لست اعرفك ولا يضرك انى لا اعرفك فاتنى بمن يعرفك ، فقال رجل : انا اعرفه يا امير المؤمنين فقال : باى شىء تعرفه لا قال : العدالة قال : هو جارم الأدنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه ؟ قال : لا قال : فعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع ؟ قال : لا قال : فصاحبك فى الســفر الذى يستدل به على مكارم الأخلاق : قال : لا قال : لست تعرفه ، ثم قال للرجل : ائتنى بمن يعرفك)) ولأنه لا يؤمن ان يكون فاسقا فلا يحكم بشهادته ، وان اراد ان يعرف عدالته كتب اسمه ونسبه وحليته وصنعته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره ويذكر من يشهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من والد او ولد ، ويذكر من يشهد عليه حتى لا يكون عدوا لا تقبل شهادته عليه ويذكر قدر ما يشهد به لأنه قد يكون ممن يقبل قوله فى قليل ولا يقبــل قوله فى كثير ، ويبعث بما يكتبه مع اصحاب المسائل ويجتهد ان لا يكون اصحاب المسائل معروفين عند المشهود له حتى لا يحتال فى تعديل الشهود ، ولا عنــد المشهود عليه حتى لا يحتال فى جرح الشهود ، ولا عند الشهود حتى لا يحتالوا فى تعديل انفسهم ، ولا عند المسئولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الأعداء فى الجرح ولا الأصدقاء فى التعديل ، ويجتهد ان لا يعلم اصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطؤ على الجرح والتعديل . قال الشــافعى رحمه الله : ولا يثبت الجرح والتعديل الا باثنين ، ووجهه انه شهادة فاعتبر فيها العدد ، واختلف اصحابنا هل يحكم القاضى فى الجرح والتعديل باصحاب

المسائل أو بمن عدل أو جرح من الجيران ؟ فقال أبو اسحق : يحكم بشهادة الجيران لأنهم يشهدون بالجرح والتعديل ، فعلى هذا يجوز أن يقتصر على قول الواحد من أصحاب المسائل ، ويجوز بلفظ الخبر ويسمى للحاكم من عدل أو جرح ثم يسمع الشهادة بالتعديل والجرح من الجيران على شرط في العدد ولفظ الشهادة ، وحمل قول الشافعي رحمه الله في العدد على الجيران ، وقال أبو سعيد الاصطخري : يحكم بشهادة أصحاب المسائل وهو ظاهر النص لأن الجيران لا يلزمهم الحضور للشهادة بما عندهم فحكم بشهادة أصحاب المسائل ، فعلى هذا لا يجوز أن يكون أصحاب المسائل أقل من اثنين ويجوز أن يكون من يخبرهم من الجيران واحدا اذا وقع في نفوسهم صدقه ، ويجب أن يشهد أصحاب المسائل عند الحاكم على شرط الشهادة في العدد ولفظ الشهادة ، وحمل قول الشافعي رحمه الله تعالى في العدد على أصحاب المسائل ، وان بعث اثنين فعادا بالجرح حكم بالجرح وان عادا بالتعديل حكم بالتعديل ، وان عاد أحدهما بالتعديل وعاد الآخر بالجرح لم يحكم بقول واحد منهما في جرح ولا تعديل ، ويبعث ثالثا فان عاد بالجرح كملت بينة الجرح ، وان عاد بالتعديل كملت بينة التعديل ، وان شهد اثنان بالجرح واثنان بالتعديل حكم بالجرح لأن شاهدى الجرح يخبران عن أمر باطن وشاهدى العدالة يخبران عن أمر ظاهر ، فقدم من يخبر بالباطن كما لو شهد اثنان بالاسلام وشهد آخران بالردة ، وان شهد اثنان بالجرح وشهد ثلاثة بالعدالة قدمت بينة الجرح لأن بينة الجرح كملت فقدمت على بينة التعديل ، ولا يقبل الجرح الا مفسرا وهو أن يذكر السبب الذى به جرح ولأن الناس يختلفون فيما يفسق به الانسان ولعل من شهد بفسقه شهد على اعتقاده ، والحاكم لا يعتقد أن ذلك فسق والجرح والتعديل الى رأى الحاكم فوجب بيانه لينظر فيه ، ولا يشهد بالجرح من يشهد من الجيران وهل الخبرة الا أن يعلم الجرح بالمشاهدة في الأفعال كالسرقة وشرب الخمر أو بالسماع في الأقوال كالشتم والقذف والكذب واظهار ما يعتقده من البدع أو استفاض عنه ذلك بالخبر لأنه شهادة على علم ، فأما اذا قال : بلغنى أو قيل لى : انه يفعل أو يقول أو يعتقد لم يجز أن يشهد به لقوله تعالى : ((الا من شهد بالحق وهم يعلمون)) قال الشافعي رحمه الله : ولا تقبل الشهادة بالتعديل حتى يقول هو عدل على ولى ، فمن أصحابنا من قال : يكفى أن يقول هو عدل وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لأن قوله : عدل يقتضى انه عدل عليه وله ، وما ذكره الشافعي رحمه الله تعالى ذكره على سبيل الاستحباب ، ومنهم من قال : لا يقبل حتى يقول : عدل لى وعلى ، وهو قول أبى اسحق لأن قوله عدل لا يقتضى العدالة على الاطلاق لأنه قد يكون عدلا في شىء دون شىء واذا قال : عدل على ولى دل على العدالة على الاطلاق .

الشرح خبر سؤال الأعرابى عن اسلامه ولفظه : « جاء أعرابى

الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انى رأيت الهلال فقال : أتشهد أن لا اله الا الله ، أتشهد أن محمدا رسول الله ؟ قال : نعم قال : يا بلال أذن فى الناس أن صوموا غدا » أخرجه الترمذى عن عكرمة عن ابن عباس ثم قال الترمذى ، والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم قالوا : تقبل شهادة رجل واحد فى الصيام ، وبه يقول ابن المبارك والشافعى وأحمد وهذا الحديث رواه الترمذى عن محمد بن اسماعيل البخارى ، وقال الحافظ ابن حجر فى بلوغ المرام رواه الخمسة وصححه ابن خزيمة وابن حبان ورجح النسائى ارساله ، وقد مضى فى كتاب الصيام قول النووى : رواه أبو داود وساق لفظه وقال : وهذا لفظه والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم أبو عبد الله فى المستدرك وغيرهم الى أن قال : وكذا ذكره البيهقى من طرق موصولا ومن طرق مرسلا وطرق الاتصال صحيحة ، وقد سبق مرات أن المذهب الصحيح أن الحديث اذا روى مرسلا ومتصلا احتج به لأن مع من وصله زيادة وزيادة الثقة مقبولة ، وقد حكم الحاكم بصحته كما سبق •

أما اللغات فالشحناء العداوة وهى من الشحن أى الملء وبرآء من الشحناء أى منزهون عن أن يملأوا بالعداوة • والجرح العيب والفساد ، وجرح الشاهد : أظهر معايبه : والعدل من أسماء الأضداد ، فالعدل الاستقامة والعدل ضد الجوز ، والعدل الميل عن الطريق ، والمقصود هنا هو الاستقامة وترك الميل ، والتزكية هى الشهادة بالبراءة من العيوب يقال : زكيته بالتثقيل نسبته الى الزكاء وهو الصلاح قال تعالى : « لأهب لك غلاما زكيا » وقوله : (لا يسترسلوا) أى لا ينبسطوا فيتركوا التحفظ والحزم والاحتياط ، وقوله : (يجمعهم الهوى على التواطؤ) أى يتفقون بموجب ميلهم وشهوتهم على الاصطفاق والتوافق على رأى واحد •

أما الأحكام اذا ادعى رجل على آخر حقا فأنكره وأقام عليه المدعى شاهدين نظرت ــ فان علم الحاكم فسقهما ظاهرا وباطنا أو فسقهما فى الباطن لم يقبل شهادتهما ، وان علم عدالتهما ظاهرا وباطنا قبل شهادتهما بلا خلاف بين أهل العلم ، فان جهل الحاكم حالهما نظرت ــ فان جهل اسلامهما ــ رجع

فى ذلك الى قولهما لحديث الأعرابى الذى رأى الهلال • فان عرف الحاكم اسلام الشاهدين وحريتهما وجهل عدالتهما فلا يجوز أن يحكم بشهادتهما حتى يبحث عن عدالتهما فى الظاهر والباطن ، سواء بحد أن قصاص أو حد ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل ، وقال أبو حنيفة : ان شهدا بحد أو قصاص لم يحكم بشهادتهما حتى يبحث عن حالهما ، وان شهدا بمال أو نكاح أو غير ذلك فانه يقتصر فى العدالة على الظاهر ولا يسأل عن ذلك فى الباطن الا أن يجرحهما الخصم ويقول : هما فاسقان فحينئذ يحتاج أن يسأل عن عدالتهما فى الباطن • دليلنا قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم — الى قوله تعالى : ممن ترضون من الشهداء » ولا يعلم أنه مرضى حتى يسأل عن عدالته ، وقد ادعى رجل على آخر حقا عند عمر فأنكر فشهد له بذلك شاهدان فقال عمر : لا أعرفكما ولا يضركما أنى لا أعرفكما فأتيانى بمن يعرفكما فأتياه برجل فقال : أتعرفهما ؟ فقال : نعم فقال : كنت معهما فى السفر الذى يبين فيه جوهر الناس ؟ قال : لا قال : هل عرفت صباحهما ومساءهما ؟ قال : لا قال : هل عاملتهما فى الدراهم والدنانير التى تقطع بهما الرحم ؟ قال : لا • قال : أنت لا تعرفهما يا ابن أخى ائتيانى بمن يعرفكما • ولا مخالف له فى الصحابة ، ولأنه حكم بشهادة فلم يجز النطق به الا بعد معرفة عدالة الشاهد فى الباطن كما لو شهد بحد أو قصاص •

اذا ثبت هذا فلا يخلو الشهود اما أن يكون لهم عقول وسمت وحسن وعفاف فى الظاهر لا تسبق التهمة اليهم فالمستحب للحاكم أن يفرقهم قبل البحث عن عدالتهم ، فاذا فرقهم سألهم عن الشهادة وعن كيفية تحملها وفى أى موضع وقعت وغير ذلك من الأمور التى يرى الحاكم السؤال وصولا الى اثبات القضية بأدلة صحيحة مقنعة يستريح لها القلب ويطمئن لها الضمير ، فان اختلفوا علم كذبهم ، وسنسوق رواية السبعة النفر الذين خرجوا فى سفر فعاد ستة وفقد السابع فجاءت امرأته الى على رضى الله عنه فأخبرته فدعاهم فسألهم فأنكروا فأقام كل واحد منهم على سارية ووكل به من يحفظه ثم استدعى واحدا منهم فسأل فأنكر فقال على : الله أكبر

ونحاه : فعن الباقون أنه قد اعترف فاعترفوا فقال على : أما هؤلاء قد أقروا على أنفسهم بالقتل وأما أنت فقد شهدوا عليك بالقتل فاعترف فقتلهم • فدل على أن تفرقة الشهود عند الاثبات مستحبة ، ولأن الشهادة اذا كانت صحيحة لم يختلف الشهود عند التفرقة ، فاذا كانت زورا اختلفوا لأنه سألهم عن شيء لم يتواطأوا عليه ، فان فرقهم وسألهم فلم يختلفوا ؛ فالمستحب للحاكم أن يعظهم ويخوفهم من شهادة الزور لما روى أن شاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقال المشهود عليه : والله ما سرقت ولقد شهدوا على لتقطع يدى • فأقبل على رضى الله عنه على الشاهدين يعظهما ويخوفهما وازدحم الناس فدخلا فى الزحمة ودعاهما فلم يجيبا ، فقال لو صدقا لثبتا • وروى أبو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار قاضى الكوفة فشهد عنده شاهدان على رجل بحق فقال المشهود عليه :والذى قامت به السموات والأرض لقد كذبتما فى شهادتكما والذى قامت به السموات والأرض لو سألت عنهما الناس ما اختلف فيهما اثنان • قال : وكان محارب ابن دثار متكئا فاستوى جالسا ثم قال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ان الطير لتخفق بأجنحتها وترمى ما فى حواصلها من هول يوم القيامة ، وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار » فان كنتما صدقتما فاثبتا وان كنتما كذبتما فغطيا رءوسكما وانصرفا قال : فغطيا رءوسهما وانصرفا • فان رجعوا عن الشهادة سقطت شهادتهم ، وان ثبتوا على الشهادة فهم بمنزلة من له سمت حسن وعفاف ظاهر فيسأل الحاكم عن عدالتهم فى الباطن ، ولا يمكنه السؤال عنهم بنفسه ، ولكنه يرجع الى قوم يتخذهم للتحرى وتقصى الحقائق عنهم فى السر دون الجهر ، لأن القصد معرفة عدالتهم دون فضيحتهم ، فاذا سأل عنهم جهرا ربما جرحوا فافتضحوا ، ولأنه اذا سأل عنهم جهراً ربما استحيا المسئول عنهم فعدلهم وليسوا بعدول ، أو خاف من المشهود عليه فجرحهم وهم عدول ، أو خاف من المشهود لهم فعدلهم وليسوا بعدول فكان السؤال عنهم فى السر أولى • ويكتب الحاكم اسم الشاهد ونسبه وحليته وصنعته ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره كما يكتب اسم المشهود عليه لأنه قد يكون بينه وبين الشاهد عداوة فلا يقل شهادته عليه • وكذلك يكتب اسم المشهود

له لأنه قد يكون ولده أو والده فلا يقبل شهادته له ، ثم يكتب قدر المال الذي شهد به لأن من الناس من يزكي بشهادته في الحق اليسير ولا يزكي في الحق الكبير ، ويكتب ذلك في رقعتين ويدفع كل رقعة الى رجل من أصحاب المسائل (المباحث) • قال الشافعي رضي الله عنه : ويخفى عن كل واحد منهم ما دفعه الى صاحبه لئلا يتوطآ على الجرح أو التعديل ، ويشترط أن يكونا عدلين لأن الخبر لا يقبل الا من عدل ويكونان ذا تيقظ وفهم لئلا يسألا عدوا للشاهد ولا صديقا عن حاله لأن العدو ربما جرحه وهو غير مجروح ، والصديق ربما عدله وهو غير عدل ، ثم يأمرهما الحاكم بالتحرى عن الشاهد في جيران منزله ، لأنه ان كان فيه فسق عرفه جيرانه فأخبروا عنه ، ويسألان عنه في موضع صلاته لأنهم يعلمون توفره على الصلوات ولزومه الجماعة وتهاونه بها ، ويسألان عنه في سوقه ليعرف كيف معاملته • والحاكم بالخيار أن يقول للذين بعثهما سلا فلانا وفلانا عنه وبين أن يقول لهما : سلا عنه من شئتما من جيران منزله وجماعته وأهل سوقه ويكون المسئولون عنه غير معروفين عند الشاهد والمشهود له والمشهود عليه ، لأنهم اذا كانوا معروفين عند الشاهد والمشهود له ربما أعطاهم شيئا ليعدلوا الشاهد وهو غير عدل ، واذا عرفهم المشهود عليه ربما رشاهم ليجرحوا له الشاهد وهو عدل ، ويكون المسئولون عنه عدولا وافرى العقول برآء من الشحناء فيما بينهم وبين الناس بعداء من التعصب في نسب أو مذهب لئلا يجرحوا عدولا ويعدلوا مجروحا ، والمستحب ألا يعرف بعضهم بعضا لئلا يجمعهم الهوى على تعديل مجروح أو جرح معدل •

مسألة قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يثبت الجرح ولا التعديل الا من اثنين ، واختلف أصحابنا في تأويل هذا فقال أبو اسحاق : أراد أن التعديل لا يحكم به الا بشهادة اثنين من الجيران ولا يحكم به بقول أصحاب المسائل لأنه شهادة على شهادة فلم يصح مع حضور شاهدى الأصل ، فعلى هذا اذا بعث الحاكم أصحاب المسائل للبحث عن حال الشاهد فرجع واحد منهم وأخبر الحاكم بجرح الشاهد فان الحاكم لا يتوقف عن الحكم بشهادة الشاهد ، ويقول للمشهود له : زدني في شهودك ولا يستحضر

الحاكم الذى جرحه من الجيران ويسأله عنه ، لأن الغرض معرفته بحال الشاهد دون فضيحة هكذا حكى عن أبى اسحاق المروزى ، وقال الشيخ أبو حامد : والذى يجىء على قياس قوله أنه لا يتوقف عن الحكم بشهادة الشاهد حتى يخبره بالجرح اثنان فان رجع واحد أو اثنان من أصحاب المسائل بعدالة الشاهد فان الحاكم لا يحكم بعدالته بقولهما ، ولكن يسألهما عن الذى عدله من الجيران ويستدعى اثنين منهم ليشهدا على تعديله بلفظ الشهادة . وقال أبو سعيد الاصطخرى بل أراد الشافعى رحمه الله أن الجرح والتعديل يثبت بقول اثنين من أصحاب المسائل دون الجيران لأن المزكى من الجيران لا يلزمه الحضور الى الحاكم ، ولا يجوز للحاكم اجباره على ذلك ، فجاز الحكم بقول أرباب المسائل فى ذلك . فعلى هذا اذا بعث الحاكم اثنين من أصحاب المسائل للسؤال عن الشاهد على ما مضى نظرت فان رجعا فأخبرا الحاكم بعدالته حكم بعدالته ، وان أخبراه بجرحه توقف عن الحكم بشهادته ولا يظهر جرحه ، لأنه ليس الغرض فضيحته ، وانما الغرض معرفة حاله ؛ ولكن يقول للمشهود له زدنى فى شهودك فان جاء أحدهما وأخبر بتعديله له يحكم بجرحه ولا بتعديله ، لأن الجرح والتعديل لا يثبت بقول واحد . قال الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب : ويبعث ثالثا فان عاد بالجرح تمت بينة الجرح ويسقط التعديل وان عاد بالتعديل تمت بينة التعديل وسقط الجرح وان عاد أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل قدمت بينة الجرح على بينة التعديل ، لأن من شهد بالعدالة شهد بأمر ظاهر ، ومن شهد بالجرح شهد بأمر باطن خفى على بينة التعديل فقدمت شهادته كما لو شهد شاهدان أن لرجل على رجل دينا وشهد آخران أنه قضاه ذلك الدين فان بينة القضاء تقدم . قال أصحابنا : وتقدم بينة التعديل على بينة الجرح فى مسألتين (احداهما) اذا شهد شاهدان على رجل بالجرح فى بلد وانتقل ذلك الرجل الى بلد آخر فشهد شاهدان على تعديله بالبلدة التى انتقل اليها فيقدم التعديل ها هنا لأن العدالة هنا طارئة على الجرح والتوبة ترفع المعصية . (والثانية) اذا شهد شاهدان أنه زنى أو سرق وشهد شاهدان أنه تاب من ذلك وحسنت حالته ، فان العدالة هنا مقدمة ؛ لأن التوبة رفعت المعصية ، واختلف أصحابنا فى موضع الوجهين على ما هو مبين فى الفصل والله أعلم .

مسألة اذا شهد عند الحاكم شاهدان ــ فان عرفهما عدلين ــ حكم بشهادتهما ، وان عرفهما فاسقين لم يقبل قولهما ، وان لم يعرفهما سأل عنهما لأن معرفة العدالة شرط فى قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد ، وعن أحمد رواية أخرى يحكم بشهادتهما اذا عرف اسلامهما بظاهر الحال الا أن يقول الخصم : هما فاسقان ، وهذا قول الحسن ؛ والمال والحد فى هذا سواء لأن الظاهر من المسلمين العدالة • ولهذا قال عمر رضى الله عنه : والمسلمون عدول بعضهم على بعض • وقد جاء أعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فشهد برؤية الهلال فقال النبى صلى الله عليه وسلم أتشهد أن لا اله الا الله ؟ قال نعم فقال : أتشهد أن محمدا رسول الله ؟ قال نعم فصام وأمر الناس بالصيام • ولأن العدالة أمر خفى سببها الخوف من الله تعالى ودليل ذلك الاسلام فاذا وجد فليكتفى به ما لم يقم على خلافه دليل • وقال أبو حنيفة فى الحدود والقصاص كالرواية الأولى عند أحمد وفى سائر الحقوق كالثانية لأن الحدود والقصاص مما يحتاط لها وتندرىء بالشبهات بخلاف غيرها •

ولنا أن العدالة شرط فوجب العلم بها كالاسلام أو كما لو طعن الخصم فيهما • فأما الأعرابى المسلم فانه كان من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله عليهم ، فان من ترك دينه فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ايثارا لدين الاسلام وصحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثبت عدالته • وأما قول عمر : فالمراد به أن الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك فى وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة حين قال : هل عاملتهما بالدراهم والدنانير التى تقطع فيهما الأرحام ؟ هل كنت جارا لهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ الخ حتى قال : يا ابن أخى لست تعرفهما •

اذا ثبت هذا فان الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والعدالة • وليس يخفى فيها الا العدالة فانها تحتاج الى البحث عنها لقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يقبل التعديل الا ممن تقدمت معرفته وطالت خبرته بالشاهد . لأن المقصود معرفة العدالة فى الباطن ولا يعلم ذلك ممن لم يتقدم به معرفته ، ويقبل الجرح ممن تقدمت معرفته به وممن لم يتقدم بمعرفته لانه لا يشهد فى الجرح الا بما شاهد أو سمع او استفاض عنه وبذلك يعلم فسقه .

فصل وان شهد مجهول العدالة فقال المشهود عليه : هو عدل ، ففيه وجهان (احدهما) انه يجوز للحاكم أن يحكم بشهادته لأن البحث عن العدالة لحق المشهود عليه وهو قد شهد له بالعدالة (والثانى) انه لا يحكم لان حكمه بشهادته حكم بتعديله وذلك لا يجوز بقول الواحد ، ولأن اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى ، ولهذا لو رضى المشهود عليه بشهادة الفاسق لم يجز للحاكم ان يحكم بشهادته .

فصل وان ثبت عدالة الشاهد ومضى على ذلك زمان ثم شهد عند الحاكم بحق نظرت فان كان بعد زمان قريب حكم بشهادته ولم يسأل عن عدالته ، وان كان بعد زمان طويل ففيه وجهان (احدهما) انه يحكم بشهادته لأن الأصل بقاء العدالة (والثانى) وهو قول ابى اسحق أنه لا يحكم بشهادته حتى يعيد السؤال عن عدالته لأنه مع طول الزمان يتغير الحال .

فصل وان شهد عنده شهود وارتاب بهم فالمستحب ان يسالهم عن تحمل الشهادة ويفرقهم ، ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ومكانه وزمانه ، لما روى أن اربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال ففرقهم وسالهم فاختلفوا ، فدعا عليهم فنزلت عليهم نار من السماء فاحرقتهم . وان فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم ، وان اتفقوا وعظهم لما روى أبو حنيفة رحمه الله قال : كنت جالساً عند محارب بن دثار وهو قاضى الكوفة فجاءه رجل فادعى على رجل حقا فانكره فاحضر المدعى شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذى تقوم به السموات والأرض لقد كذبا على فى الشهادة ، وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالساً وقال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ان الطير لتخفق باجنحتها ، وترمى بما فى حواصلها من هول يوم القيامة ، وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار » فان صدقتما فاثبتا ، وان كذبتما فغطيا على رءوسكما وانصرفا . فغطيا رءوسهما وانصرفا .

الشرح خبر أول من فرق الشهود دانيال « شهد عنـــده بالزنا على امرأة ففرقهم وسألهم فقـــال أحدهم : زنت بشاب تحت شجرة كمثرى وقال الآخر تحت شجرة تفاح ، فعرف كذبهم » أخرجه البيهقى من رواية أبى ادريس . قال الحافظ ابن حجر فى التلخيص : وقد روى الحسن بن سفيان فى مسنده وابن عساكر فى ترجمة سليمان من طريقه من حديث ابن عباس قصة طويلة لسليمان بن داود فى الأربعة الذين شهدوا على المرأة بالزنا لكونها امتنعت منهم أن يزنوا بها فأمر داود برجمهـــا فمروا على سليمان ففرق بين الشهود ودرأ الحد عنها . فعلى هذا هو أول من فرق [1] اهـ .

اما قصة محارب بن دثار فهو أحد رواة ابن عمر وجابر كنيته أبو مطرف السدوسى قاضى الكوفة روى عنه الأعمش وشريك وقيس بن الربيع وخلق ، قال أبو زرعة : ثقة مأمون ومن دعائه : « أنا الصغير الذى ربيتـــه فلك الحمد ، والضعيف الذى قويته فلك الحمد ، والفقير الذى أغنيتـــه فلك الحمد ، والأعزب الذى زوجته فلك الحمد ، والساغب الذى أشبعته فلك الحمد ، والعارى الذى كسوته فلك الحمد ، والمسافر الذى صاحبته فلك الحمد ، والغائب الذى رددته فلك الحمد ، والراجل الذى حملتـــه فلك الحمد ، والمريض الذى شفيته فلك الحمد ، والداعى الذى أجبتـــه فلك الحمد ، ربنا لك الحمد حمدا كثيرا على كل حمد » .

والحـــديث أخرجه الطبرانى فى الأوسط بلفظ : « ان الطير لتضرب بمناقيرها وتحرك أذنابها من هول يوم القيامة ، وما يتكلم به شاهد الزور ، ولا تفارق قدماه على الأرض حتى يقذف به فى النار » رواه ابن ماجه والحاكم بلفظ : « لن تزول قدم شاهد الزور حتى يوجب الله له النار » .

اما اللغات فقد قال ابن بطال الركبى فى شرح غريب المهذب : قوله (وارتاب بهم) أى شك فيهم ، والريب والارتياب الشك وكذا الريبة . ودانيال بالدال المهملة وكسر النون وكان ممن أسره بختنصر حبسه ثم رأى

---

(١) جـ ٤ ص ١٩٤ طبعة السـيد هاشم اليمانى .

رؤيا ففسرها له فأكرمه وخلاه • وقوله (ان الطير لتخفق بأجنحتها وترمى بما فى حواصلها) يقال : خفق الطائر اذا طار وأخفق اذا ضرب بجناحه والحوصلة من الطائر بمنزلة الكرش مما يجتر يجمع فيها الطائر الحب ، وجمعها حواصل • والتشديد فى اللام لغة فيها ا هـ •

أما الأحكام فان الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والعدالة ، وليس فى هذه الشروط ما يخفى ويحتاج الى البحث الا العدالة فيحتاج الى البحث عنها لقوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » ولا نعلم أنه مرضى حتى نعرفه أو نخبر عنه فيأمر الحاكم بكتب أسمائهم وكناهم ونسبهم ويرفقون فيها بما يتميزون به عن غيرهم ويكتب حرفهم وصنائعهم ومعائشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ليسأل عن جيرانهم وأهل سوقهم ومحلتهم ونحلتهم ويكتب أسود أو أبيض الى آخر ما بسطناه آنفا • ولا يقبل التعديل الا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة وهذا مذهب أحمد لخبر عمر رضى الله عنه حين أتى بشاهدين فقال لهما عمر : لست أعرفكما ولا يضركما أن لم أعرفكما ، جيئا بمن يعرفكما ، فأتيا برجل فقال له عمر : تعرفهما ؟ فقال : نعم ، فقال عمر : صحبتهما فى السفر الذى تبين فيه جواهر الناس ؟ قال : لا ، قال : عاملتهما فى الدراهم والدنانير التى تقطع فيها الرحم ؟ قال : لا ، قال : كنت جارا لهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ قال : لا ، قال : يا ابن أخى لست تعرفهما ، جيئا بمن يعرفكما ـ فهذا دليل على أنه لا يجوز للمعدل الشهادة بالعدالة الا أن تكون له خبرة باطنة •

مسألة اذا شهد عند الحاكم مجهول الحال فقال المشهود عليه : هو عدل ، ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بشهادته لأن البحث عن عدالته لحق المشهود عليه وقد اعترف بها ، ولأنه اذا أقر بعدالته فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه فيؤخذ اقراره كسائر اقراراته (والثانى) لا يجوز الحكم بشهادته لأن فى الحكم بها تعديلا له فلا يثبت بقول واحد ، ولأن اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى • ولهذا لو رضى الخصم بأن يحكم عليه

بقول فاسق لم يجز الحكم به ، ولأنه لا يخلو اما أن يحكم عليه مع تعديله أو مع انتفائه ، لا يجوز أن يقال مع تعديله لأن التعديل لا يثبت بقول الواحد ، ولا يجوز مع انتفاء تعديله لأن الحكم بشهادة غير العدل غير جائز بدليل شهادة من ظهر فسقه ، ومذهب أحمد رحمه الله كمذهبنا . قال ابن قدامة : فان قلنا بالأول فلا يلبث تعديله فى حق غير المشهود عليه لأنه لم توجد بينة التعديل ، وانما حكم عليه لاقراره بوجود شروط الحكم ، واقراره يثبت فى حقه دون غيره كما لو أقر بحق عليه وعلى غيره يثبت فى حقه دون غيره ٠

فـــرع فى تفريق الشهود والمدعى عليهم لاستجلاء وجه الحق فى الدعوى ٠ قال الأصبغ بن نباته : ان شابا شكا الى على رضى الله عنه نفرا فقال : ان هؤلاء خرجوا مع أبى فى سفر فعادوا ولم يعد أبى فسألتهم عن ماله فقالوا : ما ترك شيئا وكان معه مال كثير ، وترافعنا الى شريح فاستحلفهم وخلى سبيلهم ، فدعا على بالشرط فوكل بكل رجل رجلين وأوكاهم ألا يمكنوا بعضهم أن يدنو من بعض ولا يدعوا أحدا يكلمهم ودعا كاتبه ودعا أحدهم فقال : أخبرنى عن أبى هذا الفتى فى أى يوم خرج معكم وفى أى منزل نزلتم وكيف كان سيركم ؟ وبأى علة مات ؟ وكيف أصيب ماله ؟ وسأله عمن غسله وكفنه ودفنه ومن تولى الصلاة عليه وأين دفن ونحو ذلك والكاتب يكتب ، ثم كبر على فكبر الحاضرون والمتهمون لا علم لهم الا أنهم ظنوا أن صاحبهم قد أقر عليهم ، ثم دعا آخر بعد أن غيب الأول عن مجلسه فسأله كما سأل صاحبه ثم الآخر كذلك حتى عرف ما عند الجميع فوجد كل واحد فيهم يخبر بضد ما أخبر به صاحبه ثم أمر برد الأول فقال : يا عدو الله قد عرفت غدرك وكذبك بما سمعت من أصحابك وما ينجيك من العقوبة الا الصدق ، ثم أمر به الى السجن وكبر وكبر الحاضرون منه فلما أبصر القوم الحال لم يشكوا أن صاحبهم أقر عليهم فدعا آخر منهم فهدده فقال : يا أمير المؤمنين والله لقد كنت كارها لما صنعوا ثم دعا الجميع فأقروا بالقصة ، واستدعى الذى فى السجن وقيل له : قد أقر أصحابك ولا ينجيك

سوى الصدق فأقر بمثل ما أقر به القوم فأغرمهم المال وأقاد منهم بالقتيل • والله تعالى أعلم •

اذا ثبت هذا فانه ينبغي للقاضي أن يذكر الشهود ويعظهم ويتحرى أبلغ القول وأعظمه أثرا في أنفسهم فيبثه فيهم كأن يقول لهم : ان الله تعالى [1] حرم في هذا الدين قول الكذب وشهادة الزور وأمر باجتنابها والبعد عنها وقرنها بعبادة الأوثان لينبه الناس الى فظاعة الزور وشدة قبحه قال تعالى : « واجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور حنفاء لله غير مشركين به » والرجس النجس القذر والأوثان الأصنام التي كانت تعبد من دون الله وقول الزور معه من أكبر الكبائر — أيها الناس — أيدرى شاهد الزور الى من أساء ؟ أساء الى نفسه ، أسقط مروءته ، أضاع منزلته وكرامته ، وسجل على نفسه عارا لا يزول وخزيا لا يمحى ، وألقى بنفسه في نار حرها شديد وعذابها أليم « ومن يهن الله فما له من مكرم ان الله يفعل ما يشاء » وأساء الى من شهد عليه ، أهانه وأضاع حقه وقطع صلة الاخاء التي بين المسلم والمسلم ، وظلمه وخذله حتى يقول ، وأساء الى من شهد له وأضر به حيث يريد أن ينفعه ، أعانه على الظلم وأوقعه في الحرام ، وعرضه لمقت الله وغضبه وصيره ذليلا بين يدى المنتقم الجبار ، حتى يقول • وأساء الى القاضي ، أتعبه وأضاع عليه وقته ، وطمس عليه معالم الحق ولو صدقه لأراحه وأراح الناس أجمعين ، بل أساء الى الأمة كلها ، لوث سمعتها وأضاع الثقة بها ، وكل أمة فشا فيها الزور والكذب سقطت من عيون الأمم وأصبحت في عداد الهالكين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والمستحب أن يحضر مجلسه الفقهاء ليشاورهم فيما يشكل لقوله تعالى : « وشاورهم في الأمر » • قال الحسن : ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاورتهم لغنيا ولكن أراد الله تعالى أن يستن بذلك الحكام ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم شاور في أسارى بدر فاشار

---

[1] من كتاب هداية المرشدين للشيخ على محفوظ رحمه الله .

ابو بكر بالفداء واشار عمر رضي الله عنه بالقتل . وروى عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان ابا بكر رضي الله عنه كان اذا نزل به أمر يريد فيه مشاورة اهل الراى والفقه دعا رجالا من المهاجرين ورجالا من الانصار ودعا عمر وعثمان وعليا وعبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل وابى بن كعب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، فمضى ابو بكر على ذلك ثم ولي عمر رضي الله عنه وكان يدعو هؤلاء النفر ، فان اتفق امر مشكل شاورهم فيه ، فان اتضح له الحق حكم به فان لم يتضح اخره الى ان يتضح ولا يقلد غيره لانه مجتهد فلا يقلد . وقال ابو العباس : ان ضاق الوقت وخاف الفوت بان يكون الحكم بين مسافرين وهم على الخروج قلد غيره وحكم كما قال في القبلة اذا خاف فوت الصلاة وقد بينا ذلك في كتاب الصلاة ، وان اجتهد فاداه اجتهاده الى حكم فحكم به ثم بان له انه اخطأ ــ فان كان ذلك بدليل مقطوع به كالنص والاجماع والقياس الجلي ــ نقض الحكم لقوله تعالى : « وان احكم بينهم بما أنزل الله » ولما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال : ردوا الجهالات الى السنة ، وكتب الى ابى موسى « لا يمنعنك قضاء قضيت به ثم راجعت فيه نفسك فهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطله شيء وان الرجوع الى الحق اولى من التمادي في الباطل » ولانه مفرط في حكمه غير معذور فيه فوجب نقضه .

فصل وان ولي قضاء بلد وكان القاضي قبله لا يصلح للقضاء نقض احكامه كلها أصاب فيها او اخطأ ، لانه حكم ممن لا يجوز له القضاء فوجب نقضه كالحكم من بعض الرعية ، وان كان يصلح للقضاء لم يجب عليه ان يتتبع احكامه لان الظاهر انها صحيحة فان اراد ان يتتبعها من غير متظلم فهل يجوز له ذلك ام لا ؟ فيه وجهان (احدهما) وهو اختيار الشيخ ابي حامد الاسفرايني : انه يجوز لان فيه احتياطا (والثاني) انه لا يجوز لانه يشتغل بماض لا يلزمه عن مستقبل يلزمه وان تظلم منه متظلم قال سال احضاره لم يحضره حتى يساله عما بينهما لانه ربما قصد ان يبتذله ليحلف من غير حق ، وان قال لي عليه مال من معاملة او غصب او اتلاف او رشوة اخذها منه على حكم احضره . وان قال : حكم علي بشهادة عبدين او فاسقين ففيه وجهان (احدهما) انه يحضره اذا ادعى عليه مالا (والثاني) انه لا يحضره حتى يقيم بينة بما يدعيه لانه لا تتعذر اقامة البينة على الحكم ، فان حضر وقال : ما حكمت عليه الا بشهادة حرين عدلين فالقول قوله لانه امين ، وهل يحلف ؟ فيه وجهان (احدهما) وهو قول ابي سعيد الاصطخري : انه لا يحلف لانه عدل والظاهر انه صادق (والثاني) انه يحلف لانه امين ادعى عليه خيانة فلم يقبل قوله من غير يمين كالمودع اذا ادعى عليه خيانة وانكرها وان قال : جار علي في الحكم نظرت فان كان ما حكم به مما لا يسوغ فيه الاجتهاد نقضه كما ينقض على نفسه اذا حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، وان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد كثمن الكلب وضمان ما اتلف على الذمي من الخمر لم ينقضه كما

لا ينقض على نفسه ما حكم فيه الاجتهاد لانا لو نقضنا ما يسوغ فيه الاجتهاد لم يستقر لاحد حق ولا ملك لانه كلما ولى حاكم نقض ما حكم به من قبله فلا يستقر لاحد حق ولا ملك) .

الشرح هذا الفصل أشبه ما يكون بما يجب على امام المسلمين من تشكيل مجلس للشورى كما فعل ذلك أبو بكر رضى الله عنه . قال القاضى أبو بكر ابن العربى : الشورى ألفة للجماعة ومسبار للعقول وسبب الى الصواب وما تشاور قوم الا هدوا وقد قال بشار بن برد :

اذا بلغ الرأى المشورة فاستعن ... برأى لبيب أو مشورة حازم
ولا نجعل للشورى عليك غضاضة ... فان الخوافى قوم للقوادم

قال ابن عطية فى تفسيره : والشورى من قواعد الشريعة وعزائم الأحكام ، من لا يستشير أهل العلم والدين فعزله واجب . هذا ما لا خلاف فيه . وقد مدح الله المؤمنين بقوله (وأمرهم شورى بينهم) قال ابن خويز منداد : واجب على الولاة مشاورة العلماء فيما لا يعلمون وفيما أشكل عليهم من أمور الدين ووجوه الجيش فيما يتعلق بالحرب ووجوه الناس فيما يتعلق بالمصالح ، ووجوه الكتاب والوزراء والعمال فيما يتعلق بمصالح البلاد وعمارتها . وكان يقال : ما ندم من استشار ، وكان يقال : من أعجب برأيه ضل . وروى عن الحسن والضحاك قالا : ما أمر الله نبيه بالمشاورة لحاجة منه الى رأيهم ، وانما أراد أن يعلمهم ما فى المشاورة من الفضل ولتقتدى به أمته من بعده ، وفى قراءة ابن عباس : (وشاورهم فى بعض الأمر) (١) ولقد أحسن القائل :

شاور صديقك فى الخفى المشكل ... واقبل نصيحة ناصح متفضل
فالله قد أوصى بذاك نبيه ... فى قوله : (شاورهم) و (توكل)

وعن أبى هريرة مرفوعا (المستشار مؤتمن) قال العلماء : وصفه المستشار ان كان فى الأحكام أن يكون عالما دينا وقلما يكون ذلك الا فى

---

(١) عن القرطبى بتصرف .

عاقل ، قال الحسن : ما كمل دين امرىء ما لم يكمل عقله • فاذا استشير من هذه صفته واجتهد فى الصلاح وبذل جهده فوقعت الاشارة خطأ فلا غرامة عليه • قال شاعر حكيم :

اذا كنت فى حاجة مرسـلا   فأرسـل حكيما ولا توصـه
وان باب أمـر عليك التـوى   فشـاور لبيبـا ولا تعصـه
ونص الحـديث الى أهـله   فان الوثيقـة فى نصـحه
اذا المرء أضمر خوف الالـ   ـه تبين ذلـك فى شـخصه

قال البخارى : وكانت الأئمة بعد النبى صلى الله عليه وسلم يستشيرون الأمناء من أهل العلم فى الأمور المباحة ليأخذوا بأسهلها ، وقال سـفيان : ليكن أهل مشورتك أهل التقوى والأمانة ومن يخشى الله تعالى •

والشورى مبنية على اختلاف الآراء ، والمستشير ينظر فى ذلك الخلاف وينظر أقربها قولا الى الكتاب والسنة ان أمكنه ، فاذا أرشده الله تعالى الى ما شاء عزم عليه وأنفذه متوكلا عليه اذ هذه غاية الاجتهاد المطلوب وبهـذا أمر الله تعالى نبيه فى هذه الآية • وروى الترمذى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليـه وسلم « اذا كان أمراؤكم خيـاركم وأغنياؤكم سمحاؤكم وأمركم شورى بينكم فظهر الأرض خير لكم من بطنهـا ، واذا كان أمراؤكم شراركم وأغنيـاؤكم بخلاؤكم وأموركم الى نسـائكم فبطن الأرض خير لكم من ظهرها » • قال : حديث غريب •

وجملة القول أن القاضى اذا عرضت له قضية تبين حكمها فى كتاب الله أو فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أو اجماع أو قياس جل حكم ولم يحتج الى رأى غيره لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثـه الى اليمن : (بم تحكم ؟ قال بكتاب الله ، قال : فان لم تجد ؟ قال بسـنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فان لم تجد ؟ قال أجتهد رأيى ولا آلوا • قال : الحمد لله الذى هدى رسول رسول الله لما يرضى رسول الله) فان احتاج الى الاجتهاد استحب له أن يشاور لقول الله تعالى : « وشاورهم

فى الأمر » وقد شاور النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه فى أسارى بدر وفى مصالحة الكفار يوم الخندق وفى لقاء الكفار يوم بدر • وروى ما كان أحد أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد شاور أبو بكر النـــاس فى ميراث الجـدة (راجع كتاب الفرائض) • وشـــاور عمر فى دية الجنين ــ راجع كتـــاب الجنايات ــ وشاور الصحابة فى حد الخمر ، وكان لأبى بكر مجلس شـــورى قوامه عمر وعثمـــان وعلى وعبد الرحمن ومعـــاذ وأبى وزيد بن ثابت » وكذلك كان عمر • قال أحمد بن حنبل : لمـــا ولى ســـعد بن ابراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القـــاسم وسالم يشاورهما • وولى محارب بن دثار قضاء الكوفة وكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما •

وقد روى أن أبا بكر جاءته جدتان فورث أم الأم وأسقط أم الأب فقال له عبد الرحمن بن سهل : يا خليفة رسول الله لقد أسقطت التى لو ماتت ورثها وورثت التى لو ماتت لم يرثها ، فرجع أبو بكر فأشرك بينهما ، وروى عمر بن شبة عن الشعبى أن كعب بن سوار كان جالسا عند عمر فجاءته امرأة فقالت : يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجى ، والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فى اليوم الحار ما يفطر ، فاستغفر لها وأثنى عليها خيرا • قال : واستحيت المرأة فقامت راجعـــة فقـــال كعب : يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجهـــا ؟ قال : وما شكت ؟ قال : شكت زوجها أشد الشكاية • قال : أو ذاك أرادت ؟ قال : نعم • قال : ردوا على المرأة وقال : لا بأس بالحق أن تقوليه • ان هـــذا زعم أنك جئت تشكين زوجك أنه يجتنب فراشك ؟ قالت أجل انى امرأة شابة وانى لأبتغى ما يبتغى النساء • فأرسل الى زوجها فجاء فقال لكعب : اقض بينهما • قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضى بينهما • قال : عزمت عليك لتقضين بينهما فانك فهمت من أمرها ما لم أفهم • قال : فانى أرى كأنها عليها ثلاث نسوة هى رابعتهن فأقضى له بثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة • فقال عمر : والله ما رأيك الأول أعجب الى من الآخـــر ، اذهب فأنت قاض على البصرة • والمشاورة ها هنا لاستخراج الأدلة ومعرفة الحق بالاجتهاد ، ولا يجوز أن

يقلد غيره ويقول بقول سواه ، سواء ظهر له الحق فخالفه غيره فيه أو لم يظهر له شيء ، وسواء ضاق الوقت أم لا ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو يوسف ومحمد • وقال أبو حنيفة : اذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد جاز له ترك رأيه لرأى من هو أفقــه منه عنده اذا صار اليه فهــو ضرب من الاجتهاد ، ولأنه يعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد • وقال أبو العباس بن شريح : يجوز له تقليد غيره فى حالة ضيق الوقت وخوف الفوت ، دليلنــا أنه من أهل الاجتهاد لم يجز له تقليد غيره كما لو كان مثله •

مســـألة اذا رفعت له قضية فحكم فيهــا ثم بان له خطأ نفسه نظرت ــ فان كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو اجماع نقض حكمه ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وقال الشافعى : اذا خالف نصا جليا نقضه ، وعن مالك وأبى حنيفة أنهما قالا : لا ينقض الحكم الا اذا خالف الاجمــاع ثم ناقضا ذلك فقال مالك : اذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه • وقال ابو حنيفة : اذا حكم ببيع متروك التسمية أو حكم بين العبيــد بالقرعة نقض حكمه ، وقال محمد بن الحسن : اذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه ، وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة ، واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الاجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف فلم ينقض حكمه فيه كما لا نص فيه • وحكى عن أبى ثور وداود بن على أنه ينقض جميع مابان له خطؤه لأن عمر كتب الى أبى موسى يقول : (لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق فان الرجوع الى الحق خير من التمادى فى الباطل) ، ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه كما لو خالف الاجماع ، وأما اذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا ولا اجماعا أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله لم ينقضه ، لأن اختلاف المجتهدين مستساغ ، فان أبا بكر حكم فى مسائل باجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه كما خالف على عمر فى اجتهاده ولم ينقض أحكامه وخالفهما على فلم ينقض أحكامهما ، فان أبا بكر سوى بين الناس فى العطاء وأعطى العبيد وخالفه عمر ففاضل بين الناس وخالفهما على فسوى بين الناس وحرم العبيد ، ولم ينقض واحد منهم مافعله غيره • وروى سعيد بن منصور أن أهل نجران جاءوا عليــا

فقالوا : يا أمير المؤمنين كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك فقال : ويحكم ان عمر كان رشيد الأمر ولن أرد قضاء قضى به عمر • وروى أن عمر قضى فى المشتركة باسقاط الاخوة من الأبوين ثم شرك بينهم بعد وقال : هذه على ما قضينا وتلك على ما قضينا • قال ابن قدامة : فان قيل : فقد روى أن شريحا حكم فى ابنى عم أحدهما أخ لأم أن المال للأخ فرفع ذلك الى على فقال : على بالعبد فجىء به فقال فى أى كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال : قال تعالى : (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) فقال على : قد قال الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) ونقض حكمه ، قلنا : لم يثبت عندنا أن عليا نقض حكمه ، ولو ثبت فيحتمل أن يكون على اعتقد أنه خالف نص الكتاب فى الآية التى ذكرها فنقض حكمه ذلك (اهـ) •

مسـألة اذا استعداه من يدعى له حقا على الحاكم الذى قبله فانه يحضره اذا كان له عليه دين أو غصب أو رشـوة وبهذا قال أحمـد وأصحابه • أما اذا لم يستعده فى حق له عليه وانما ادعى عليه الجور فى الحكم فوجهان أحدهما : يحضره لجواز أن يعترف ، فان حضر واعترف حكم عليه وان أنكر فالقـول قوله من غير يمين وهـو قول أبى سـعيد الاصطخرى ومذهب أحمد لأن قول القاضى مقبول بعد العزل كما يقبل فى ولايته وفيه وجه أن يحلف لأنه أمين مدعى عليه بخيانة • والوجه الثانى : لا يحضره لأن فى احضاره وسؤاله امتهانا حتى يقيم بينة على مدعاه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل واذا خرج الى مجلس الحكم فالمستحب له ان يدعو بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ما روت ام سلمة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته يقول : اللهم انى اعوذ بك من ان ازل او ازل أو اضل او اضل او اظلم أو اظلم او اجهل او يجهـل على » . والمستحب ان يجلس مستقبل القبلة لقوله صلى الله عليه وسـلم : خير المجالس ما استقبل به القبلة » ولانه قربة فكانت جهة القبلة فيها اولى كالاذان ، والمستحب ان يقعد وعليـه السـكينة والوقار من غير جبرية ولا

استكبار ، لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم رآه رجلا وهو متكئ على يساره فقال ((هذه جلسة المغضوب عليهم)) . ويترك بين يديه القمطر مختوما ليترك فيه ما يجتمع من المحاضر والسجلات ، ويجلس الكاتب بقربه ليشاهد ما يكتبه فان غلط فى شئ رده عليه .

فصـــل والمستحب ان يبدأ فى نظره بالمحبسين لان الحبس عقوبة وعذاب ، وربما كان فيهم من تجب تخليته ، فاستحب البداية بهم ، ويكتب أسماء المحبسين وينادى فى البلدان القاضى يريد النظر فى أمر المحبسين فى يوم كذا فليحضر من له محبوس ، فاذا حضر الخصوم أخرج خصم كل واحد منهم فان وجب اطلاقه اطلقــه وان وجب حبســـه اعاده الى الحبس ، فان قال المحبوس : حبست على دين وأنا معسر فان ثبت اعساره أطلق ، وان لم يثبت اعساره أعيد الى الحبس ، فان ادعى صاحب الدين ان له دارا واقام على ذلك البينة فقال المحبوس : هى لزيد سئل زيد فان اكذبه بيعت الدار وقضى الدين لان اقراره يسقط باكذابه وان صدقه زيد نظرت فان اقام زيد بينة ان الدار له حكم له بالدار ولم تبع فى الدين ، لان له بينة ويدا باقرار المحبوس ولصاحب الدين بينة من غير يد ، فقدمت بينة زيد ، وان لم يكن لزيد بينــة ففيه وجهان (احدهما) انه يحكم بها لزيد ولا تباع فى الدين لان بينة صاحب الدين بطلت باكذاب المحبوس وبقى اقرار المحبوس بالدار لزيد (والثـــانى) انه لا يحكم بها لزيد وتباع فى الدين لان بينة صاحب الدين شهدت للمحبوس بالملك وله بقضاء الدين من ثمنها فاذا اكذبها المحبوس سقطت البينة فى حقــه ولم تسقط فى حق صاحب الدين .

فصـــل ثم ينظر فى أمر الاوصياء والأمناء لأنهم يتصرفون فى حق من لا يملك المطالبة بماله وهم الأطفال ، فاذا ادعى رجل انه وصى للميت لم يقبل قوله الا ببينة لان الأصل عدم الوصية فان اقام على ذلك بينة فان كان عدلا قويا اقر على الوصية ، وان كان فاسقا لم يقر على الوصية لان الوصـــية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية وان كان عدلا ضعيفا ضم اليه غيره ليتقوى به ، وان أقام بينة أن الحاكم الذى كان قبله أنفذ الوصية اليه أقره ولم يسأل عن عدالته ، لان الظاهر انه لم ينفذ الوصية اليه الا وهو عدل ، فان كان وصيا فى تفرقة ثلثه فان لم يفرقه فالحكم فى اقراره على الوصية على ما ذكرناه ، وان كان قد فرقه فان كان عدلا لم يلزمه شئ ، وان كان فاسقا فان كانت الوصية لمعينين لم يلزمه شئ لانه دفع الموصى به الى مستحقه ، وان كانت الوصية لغير معينين ففيه وجهان (احدهما) انه لا يغرم لانه دفع المـــال الى مستحقه فاشبه اذا كانت الوصية لمعينين (والثانى) انه يغرم ما فرقه لأنه فرق ما لم يكن له تفرقته فغرمه كما لو فرق ما جعل تفرقته الى غيره .

فصـــــل ثم ينظر فى اللقطة والضوال وأمر الأوقاف العامة وغيرها من المصالح ويقدم الأهم فالأهم لأنه ليس لها مستحق معين فتعين على الحاكم النظر فيها .

الشرح الحديث الأول لأم سلمة واسمها هند قال النووى فى الأذكار : حديث صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه قال الترمذى : حديث حسن صحيح هكذا فى رواية أبى داود (أن أضـــل أو أضل أو أذل أو أذل) وكذا الباقى بلفظ التوحيـــد ، وفى رواية الترمذى (أعوذ بك من أن نذل) وكذلك (نضل ، ونظلم ، ونجهل) بلفظ الجمع ، وفى رواية أبى داود : (ما خرج من بيته الا رفع طرفه الى السماء فقال : اللهم انى أعوذ بك ، وفى رواية غيره كان اذا خرج من بيته) قال : كمـــا ذكرناه والله أعلم . أما الحديث الثانى فان الوارد ما أخرجه الطبرانى فى الأوسط قال الهيثمى : اسناده حسن . عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان سيد المجالس قبالة القبلة » وفيه أيضا من حديث ابن عمر : « أكرم المجالس ما استقبل به القبلة » وفى اسناده حمزة بن أبى حمزة وهو متروك وفيه أيضا من حديث ابن عباس مرفوعا : « ان لكل شىء شرفا وان أشرف المجالس ما استقبل به القبلة » وفى اسناده هشام بن زيادة أبو المقدام وهو متروك . أما ما جاء بصيغة : « خير المجالس » فعند البزار والطبرانى عن أنس مرفوعا : « خير المجالس أوسعها » وفيه مصعب بن ثابت وثقة ابن حبان وغيره وضعفه ابن معين وغيره ، وقد اشـتبه على المصنف الحديثان فأدرج صدر أحدهما فى عجز الآخر وتحريرهما فيما قدمناه . أما الحديث الثالث فعند أبى داود عن الشريد بن سويد قال : « مر بى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا جالس قد وضعت يدى اليسرى خلف ظهرى واتكأت على ألية يدى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقعـــد قعدة المغضوب عليهم » وفى رواية لابن حبان بزيادة : « وضع راحتيك على الأرض » .

اما اللغات فقد قال ابن بطال الركبى فى غريب المهذب : السكينة أصلها من السكون وهو ضد الحركة والوقار الحلم والرزانة وقد وقر الرجل

يقر وقارا وقرة فهو وقور • والقمطر وعاء الكتب وهو الذى يترك فيه المحاضر والسجلات • قال الخليل : حرف فى صدرك خير من ألف فى قمطرك • وهو أيضا الرجل القصير • والمحاضر التى يكتب فيها قصة المتحاكمين عند حضورهما مجلس الحكم وما جرى بينهما وما أظهر كل واحد من حجة من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به • والسجلات الكتب التى تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وامضائه • وأصل السجل الصحيفة التى فيها الكتاب أى كتاب كان ذكر فى تفسير قوله تعالى : (كطى السجل للكتب) وهو مذكر ، ويقال : عندى ثلاثة سجلات وأربعة سجلات ولا يؤنث لأن المراد به الكتاب وهو مذكر ولا يقال ثلاث سجلات على لفظه •

أما الأحكام فاذا جلس الحاكم فى منصة الولاية فأول ما ينظر فيه أمر المحبسين لأن الحبس عذاب وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه فينفذ الى حبس القاضى الذى كان قبله ثقة يكتب اسم كل محبوس وفيم حبس ولمن حبس • ويعيد النظر فى حبس الديون فان وجد معسرا دلت أدلائل على اعساره أطلق سراحه ، وان دلت على يساره نصحه بالوفاء فان لم ينتصح أعاد حبسه ، أو نصب له من يحصر أمواله وهو المسمى فى عصرنا هذا بمأمور التفليسة فيتتبع أمواله ثم يبيعها لحساب الدائنين •

بعد ذلك ينظر فى أمر الأوصياء لأنهم يكونون ناظرين فى أمر اليتامى والمجانين وتفرقة الوصية بين المساكين فيقصدهم الحاكم بالنظر لأن المنظور عليه لا يمكنه المطالبة بحقه ، فان الصغير والمجنون لا قول لهما ، والمساكين لا يتعين الأخذ منهم فاذا قدم اليه الوصى — فان كان الحاكم قبله نفذ وصيته — لم يعزله لأن الحاكم ما نفذ وصيته الا وقد عرف أهليته فى الظاهر ، ولكن يراعيه ، فان تغيرت حاله بفسق أو ضعف أضاف اليه أمينا قويا يعينه ، وان كان الأول ما نفذ وصيته — فان كان أمينا قويا — أقره ، وان كان أمينا ضعيفا ضم اليه من يعينه ، وان كان فاسقا عزله وأقام غيره ، هذا مذهبنا وقال الخرقى من الحنابلة : يضم اليه أمين ينظر عليه • ودليلنا أن الفاسق ليس من أهل الولاية فلا وصاية له • وان كان قد تصرف أو

فرق الوصية وهو أهل للوصية نفذ تصرفه ، وان كان ليس بأهل وكان أهل الوصية بالغين عاقلين معينين صح الدفع اليهم لأنهم قبضوا حقوقهم وان كانوا غير معينين كالفقراء والمساكين ففيه وجهان (أحدهما) عليه الضمان لأنه ليس له التصرف (والثانى) لا ضمان عليه لأنه أوصله الى أهله ، وكذلك ان فرق الوصية غير الموصى اليه بتفريقها • ثم ينظر فى أمر الضوال واللقطة التى تولى الحاكم حفظها فان كانت مما يخاف تلفه كالحيوان أو فى حفظه مؤنة كالأموال الجافة باعها وحفظ ثمنها لأربابها ، وان لم تكن كذلك كالأثمان حفظها لأربابها ويكتب عليها لتعرفه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يجب على القاضي في الخصوم والشهود

(اذا حضر خصوم واحد بعد واحد قدم الأول فالأول) لأن الأول سبق الى حق له فقدم على من بعده كما لو سبق الى موضع مباح ، وان حضروا في وقت واحد او سبق بعضهم واشكل السابق اقرع بينهم ، فمن خرجت له القرعة قدم لانه لا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة كما قلنا فيمن اراد السفر ببعض نسائه ، فان ثبت السبق لأحدهم فقدم السابق غيره على نفسه جاز لأن الحق له فجاز أن يؤثر به غيره كما لو سبق الى منزل مباح ، ولا يقدم السابق في أكثر من حكومة لأنا لو قدمناه في اكثر من حكومة استوعب المجلس بدعاويه واضر بالباقين . وان حضر مسافرون ومقيمون في وقت واحد نظرت فان كان المسافرون قليلا وهم على الخروج قدموا لأن عليهم ضررا في المقام ولا ضرر على المقيمين . وحكى بعض اصحابنا فيه وجها آخر انهم لا يقدمون الا باذن المقيمين لتساويهم في الحضور ، وظاهر النص هو الأول . وان كان المسافرون مثل المقيمين او اكثر لم يجز تقديمهم من غير رضى المقيمين لأن في تقديمهم اضرار بالمقيمين والضرر لا يزال بالضرر ، وان تقدم الى الحاكم اثنان فادعى احدهما على الآخر حقا فقال المدعى عليه : انا جئت به وانا المدعى قدم السابق بالدعوى لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل وللسابق بالدعوى حق السبق فقدم .

فصل وعلى الحاكم أن يسوى بين الخصمين في الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما لما روت ام سلمة رضي الله عنها ((أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه ولفظه واشارته ومقعده)) وكتب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى الأشعري ((آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك)) ولأنه اذا قدم احدهما على الآخر في شيء من ذلك انكسر الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته ، والمستحب ان يجلس الخصمان بين يديه لما روى عبد الله بن الزبير قال : ((قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدى القاضي)) ولأن ذلك امكن

لخطابهما ، وان كان احدهما مسلما والآخر ذميا ففيه وجهان (احدهما) انه يسوى بينهما فى المجلس كما يسوى بينهما فى الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما (والثانى) انه يرفع المسلم على الذمى فى المجلس لما روى (أن عليا رضى الله عنه حاكم يهوديا فى درع الى شريح فقام شريح من مجلسه واجلس عليا كرم الله وجهه فيه فقال على رضى الله عنه : لولا أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تسووا بينهم فى المجالس » لجلست معه بين يديك) ولا يضيف أحدهما دون الآخر لما روى أن رجلا نزل بعلى بن أبى طالب رضى الله عنه فقال له : ألك خصم ؟ قال : نعم . قال : تحول عنا فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يضيفن أحد الخصمين الا ومعه خصمه » ولأن فى اضافة احدهما اظهار الميل وترك العدل ، ولا يسار احدهما ولا يلقنه حجة لما ذكرناه ، ولا يأمر احدهما باقرار لان فيه اضرارا به ولا بانكار لان فيه اضرارا بخصمه . وان ادعى أحدهما دعوى غير صحيحة فهل له أن يلقنه كيف يدعى ؟ فيه وجهان (احدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه يجوز لأنه لا ضرر على الآخر فى تصحيح دعواه (والثانى) انه لا يجوز لأنه ينكسر قلب الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته ، وله أن يرد عن احدهما ما عليه لأن فى ذلك نفعا لهما ، وله ان يشفع لأحدهما لأن الاجابة الى المشفوع اليه ان شاء شفعه وان شاء لم يشفعه ، وأن مال قلبه الى احدهما او احب أن يفلح احدهما على خصمه ولم يظهر ذلك منه بقول ولا فعل جاز لانه لا يمكنه التسوية بينهما فى المحبة والميل بالقلب ، ولهذا قلنا : يلزمه التسوية بين النساء فى القسم ولا يلزمه التسوية بينهن فى المحبة والميل بالقلب) .

الشرح حديث أم سلمة أخرجه الدارقطنى والطبرانى فى الكبير وأبو يعلى باللفظ الذى ساقه المصنف وزيادة : « ومجلسه ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر » وفى اسناده عباد بن كثير وهو ضعيف ، ولكن له شواهد أخرى بمعناه تعضده منها حديث على كرم الله وجهه عند أحمد وأبى داود والترمذى وابن حبان وله طرق عند البزار ولفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : يا على اذا جلس اليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء » وفى اسنادها عمرو بن أبى المقدام وهو عمرو بن ثابت ، قال ابن معين : ليس بثقة ، وفيها اختلاف على عمرو بن مرة ففى رواية أبى يعلى أنه رواه عنه شعبة عن أبى البخترى عن مجهول ومنهم من رواه عن أبى البخترى عن على وروايات أخرى تقويه وتعضده . أما حديث

عبد الله بن الزبير فعند أبي داود وأحمد والبيهقي والحاكم وفى اسناده مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير وقد ضعفه أحمد وابن معين وقال أبو حاتم : صدوق كثير الغلط وقال النسائي : ليس بالقوى • ورواية ابن الزبير هكذا مرسلة • وخبر تحاكم علي واليهودى فى درع أخرجه أبو أحمد الحاكم فى الكنى فى ترجمة أبي سمية عن الأعمش عن ابراهيم التيمى قال : عرف علي درعا مع يهودى وقال : منكر • وأورده ابن الجوزى فى العلل من هذا الوجه وقال : لا يصح • تفرد به أبو سمية ورواه البيهقى من وجه آخر من طريق جابر الجعفى عن الشعبى قال : خرج أمير المؤمنين علي الى السوق فاذا هو بنصرانى يبيع درعا فعرفه علي الخ وفى اسناده عمرو بن سمرة عن جابر الجعفى وكلاهما ضعيف • وأما حديث على الأخير فقد أوردنا لفظه الذى أخرجه أبو داود والترمذى وأحمد •

اما اللغات فقوله : (لحظه ولفظه واشارته) قال الزمخشرى : هو يلحظنى ويلاحظنى وفتنته لحظاتها وألحاظها • وقال زهير :

فوقعت بين قتود عنس ضامر لحاظة طفل العشى سناد

هى باقية النشاط بالعشى فهى تطمح بعينها ورجل لحاظ وقال عبد قيس ابن بجرة •

يسوقون لحاظا اذا ما رأيته بسلع ذكرت الهجرس المتربيا

ونظر الى بلحاظ عينه وهو مؤخرها •

واللفظ والاشارة معروفان اذا نمتا على ازدراء أو استهجان أو ايثار بمودة للخصم • وقوله : (آس بين الناس) الآسية واحدة الأواسى وهى الأساطين ، وملك ثابت الأواسى ، ومن المجاز أسوت بين القوم أصلحت بينهم ، وأسيت المصاب فتأسى • قال متمم بن نويرة فى رثاء أخيه مالك :

لقد لامنى عند العبور على البكا رفيقى لتذراف الدموع السوافك
وقال : أتبكى كل قبر رأيته لقبر ثوى بين اللوى فالدكادك
فقلت له : ان الأسى يبعث الأسى فدعنى فهذا كله قبر مالك

وقوله : لا يطمع شريف في حيفك • يقال علا شرفا من الأرض وعلوا أشرفا وهو المكان المشرف وحلوا مشارف الأرض أعاليها ومنه مشارف الشام ، واستشرف الشيء رفع رأسه ينظر اليه قال مزرد :

تطاللت فاستشرفته فرأيته فقلت له آ أنت زيد الأراقم

وقال غيره :

ويحملني في الروع أجرد سابح ممر ككر الأندرى سنوف
اذا واضح التقريب أخر سرجه له حارك عال أشم شريف

ومن المجاز : لفلان شرف وهو علو المنزلة • والحيف هو الجور ، قال تعالى : (أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله) •

أما الأحكام فانه يجب على القاضي العدل بين الخصمين في كل شيء من المجلس والخطاب واللحظ واللفظ والدخول والانصات اليهما والاستماع منهما وبه قال شريح وأبو حنيفة وأحمد ولا نعلم فيه مخالفا لحديث أم سلمة وقد مضى خبر تحاكم عمر وأبي بن كعب الى زيد بن ثابت فوسع زيد لعمر عن صدر فراشه قائلا : ها هنا يا أمير المؤمنين • فقال عمر : جرت في أول القضاء ولكن أجلس مع خصمي فجلسا بين يديه ، وفيه : فحلف عمر ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء • وقال ابراهيم النخعي : جاء رجل الى شريح وعنده السرى بن وقاص فقال الرجل لشريح : أعدني على هذا الجالس عندك فقال شريح : قم فاجلس مع خصمك قال : اني أسمعك من مكاني • قال : لا ، قم فاجلس مع خصمك فأبى أن يسمع منه حتى أجلسه مع خصمه • وفي رواية : ان مجلسك يريبه ، واني لا أدع النصرة وأنا عليها قادر • ولقول علي (لو كان مسلما لجلست بين يديك) ولأن الحاكم اذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه وربما لم تقم حجته فأدى ذلك الى ظلمه ، وان أذن أحد الخصمين للحاكم في رفع الخصم الآخر عليه في المجلس جاز لأن الحق له ولا ينكسر قلبه اذا كان هو الذي رفعه •

والسنة أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي لحديث : « قضى النبي

صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدى الحاكم » رواه أبو داود وغيره . وان كان الخصمان ذميين سوى بينهما أيضا لاستوائهما فى الدين ، وان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا جاز رفع المسلم لحديث على كرم الله وجهه : (لا تساووهم فى المجالس) ذكره أبو نعيم فى الحلية ، ولا ينبغى أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه اما أن يضيفهما معا أو يدعهما معـا ، ولأن ذلك يوهم الخصم ميل الحاكم الى من أضافه . ولا يلقن أحدهمـا حجته ولا ما فيه ضرر على خصـمه مثل أن يريد أحدهمـا الاقرار فيلقنه الانكار ، أو اليمين فيلقنه النكول ، أو النكول فيجرئه على اليمين ، أو يحس من الشاهد بالتوقف فيجسره على الشهادة ، أو يكون مقـدما على الشهادة فيوقفه عنها ، أو يقول لأحدهما وحده تكلم أو نحو ذلك مما فيـه اضرار بخصمه لما ينبغى من التزام العدل بينهما فى كل شىء . فان قيل : فقد لقن النبى صلى الله عليه وسلم السـارق بقوله : (ما اخالك سرقت) وقول عمر لزياد : (أرجو ألا يفضح الله على يديك رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم) قلنا : لا يرد هذا الالزام ها هنا ، فان هـذا فى حدود الله وحقوقه ولا خصم للمقر ولا للمشهود عليه ، فليس فى تلقينـه حيف على أحد الخصمين ولا ترك للعدل فى أحد الجانبين . هكذا أفاده ابن قدامة فى المغنى وهو ما يوافق مذهبنا . وله أن يرد عن أحدهما ما عليـه للآخر وله أن يشفع لأحدهما ، كأنه يعقد بينهما صلحا ، ولا يأثم فى ميله القلبى ما دام لم يؤثر ذلك على حكمه المتوخى فيه العدل والانصاف للدليل الذى ساقه المصنف . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا ينتهر خصـما لأن ذلك يكسره ويمنعه من اسـتيفاء الحجة ، وان ظهر من احدهما لدد أو سوء ادب نهاه فان عاد زبره وان عاد عزره ، ولا يزجر شاهدا ولا يتعنته لأن ذلك يمنعه من الشهادة على وجههـا ويدعوه الى ترك القيام بتحويل الشهادة وادائها وفى ذلك تضييع للحقوق .

فصـــل فان كان بين نفسين حكومة فدعا احدهمـا صاحبه الى

مجلس الحكم وجبت عليه اجابته لقوله تعالى : (انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا) فان لم يحضر فاستعدى عليه الحاكم وجب عليه أن يعديه لأنه اذا لم يعده ادى ذلك الى ابطال الحقوق ، فان استدعاه الحاكم فامتنع من الحضور تقدم الى صاحب الشرطة ليحضره ، وان كان بينه وبين غائب حكومة ولم يكن عليه بينة فاستعدى الحاكم عليه فان كان الغائب فى موضع فيه حاكم كتب اليه لينظر بينهما ، وان لم يكن حاكم وهناك من يتوسط بينهما كتب اليه لينظر بينهما ، وان لم يكن من ينظر بينهما لم يحضره حتى يحقق الدعوى لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وثمن الكلب وقيمة خمر النصرانى فلا يكلفه تحمل المشقة للحضور لما لا يقضى به ، ويخالف الحاضر فى البلد حيث قلنا انه يحضر قبل أن يحقق المدعى دعواه لأنه لا مشقة عليه فى الحضور ، فان حقق الدعوى على الغائب احضره لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه كتب الى المهاجر بن امية أن (ابعث الى بقيس بن مكشوح فى وثاق فاحلفه خمسين يمينا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قتل داذويه) ولأنا لو لم نلزمه الحضور جعل البعد طريقا الى ابطال الحقوق فان استعداه على امرأة فان كانت برزة فهى كالرجل ، لأنها كالرجل فى الخروج للحاجات ، وان كانت غير برزة لم تكلف الحضور بل توكل من يخاطب عنها ، وان توجهت عليها يمين بعث اليها من يحلفها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال ((يا انيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها)) فبعث من يسمع اقرارها ولم يكلفها الحضور ٠)

الشرح قوله تعالى (انما كان قول المؤمنين اذا دعوا) الخ أى الى كتاب الله وحكم رسوله أن يقولوا سمعنا وأطعنا ، قال ابن عباس : أخبر بطاعة المهاجرين والأنصار ، وان كان ذلك فيما يكرهون أى هذا قولهم وهؤلاء لو كانوا مؤمنين لكانوا يقولون : سمعنا وأطعنا فالقول نصب على خبر كان واسمها فى أن يقولوا ٠ وقرأ على بن أبى طالب (قول) بالرفع ٠

أما قصة كتاب أبى بكر الى المهاجر بن أمية فذلك أن داذويه وكان من أبناء أمراء الفرس فى اليمن وكان شيخا كبيرا وأسلم فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان فيمن قتل الأسود العنسى الذى تنبأ باليمن فخاف قيس بن مكشوح من قوم العنسى فادعى أن داذويه قتله ثم وثب على داذويه فقتله ليرضى بذلك قوم العنسى ، فكتب أبو بكر الصديق الى المهاجر بن أبى أمية أن يبعث اليه بقيس بن مكشوح فى وثاق فبعث به اليه فى وثاق فقال :

فتلت الرجل الصالح داذويه وهم بقتله فكلمه قيس وحلف أنه لم يفعل ، وقال : يا خليفة رسول الله استبقنى لحربك فان عيدى بصيرا بالحروب ومكيدة للعدو ، فاستبقاه أبو بكر وبعثه الى العراق وأمر ألا يولى شيئا وأن يستشار فى الحرب . هكذا أفاده ابن سعد فى الطبقات الكبرى فيمن نزل من الصحابة اليمن .

اما اللغات فاللدد مصدر لد وبابه تعب فهو ألد والمرأة لداء والجمع لد من باب احمر ولاده ملادة وبابه قاتل ، ولد الرجل خصمه وبابه قتل وهو فى كل ذلك شدة الخصومة ويسمى بالمصدر فيقال هو لد ويقال لاد اسم الفاعل على الأصل والمبالغة لدود . قال تعالى : (وهو ألد الخصام) وقال : (وتنذر به قوما لدا) وقال الأزهرى : اللدد التواء الخصم فى محاكمته ومأخوذ من لديدى الوادى وهما جانباه . وقوله (زبره) يعنى زجره ومنعه وبابه قتل وسمى الزبير بن العوام تمصغر المصدر وقوله (ولا يعنته) العنت الخطأ وهو مصدر وبابه تعب ويقال للمشقة وقوله تعالى : (لمن خشى العنت منكم) أى الزنا وتعنته أدخل عليه الأذى وأعنته أوقعه فى العنت وفيما يشق عليه تحمله ، واستعدى عليه الحاكم استعانه فأعداه أى أعانه والاسم منه العدوى قال زهير :

وانى لتعدينى على الهم جسرة تخب بوصال صروم وتعنق

أما المهاجر بن أمية فهو أخو أم سلمة لأبيها وأمها وكان اسمه الوليد فكره النبى صلى الله عليه وسلم اسمه وقال لأم سلمة : هو المهاجر وكانت قد قالت له : قدم أخى الوليد مهاجرا فقال : هو المهاجر فقالت : هو المهاجر يا رسول الله . استعمله النبى صلى الله عليه وسلم على صدقات كندة والصدف ثم ولاه أبو بكر اليمن وهو الذى افتتح حصن النجير بحضرموت مع زياد بن لبيد الأنصارى وهما بعثا بالأشعث بن قيس أسيرا فمن عليه أبو بكر أو حقن دمه . أما قيس بن مكشوح فانه يعد فى بنى مراد لأنه كان حليفهم وان كان هو من أنمار بطن من كهلان بن سبأ . قيل : لا صحبة له وقيل : له صحبة باللقاء والرواية ، قال أبو عمر بن عبد البر : لا أعلم له

رواية ومن قال : لا صحبة له يقول انه لم يسلم الا فى أيام أبى بكر وقيل : فى أيام عمر . وهو أحد الذين شهدوا مع النعمان بن مقرن فتح نهاوند ، وله ذكر صالح فى الفتوحات بالقادسية وغيرها زمن عمر وعثمان ، وهو أحد الذين قتلوا الأسود العنسى وهم : قيس بن مكشوح وداذويه وفيروز الديلمى ، وقتله الأسود يدل على أنه أسلم فى مرض النبى صلى الله عليه وسلم ثم قتل قيس فى صفين مع على رضى الله عنه وكان يومئذ تحت راية بجيلة ، وكانت فيه نجدة وبسالة ، وكان بطلا فارسا وأديبا شاعرا ، وهو ابن أخت عمرو بن معد يكرب ، وكانا متناقضين فى الجاهلية ومتباغضين فى الاسلام ، وهو القائل لعمرو بن معد يكرب :

فلو لاقيتنى لاقيت قرنا ... وودعت الحبائب بالسلام
لعلك موعدى ببنى زبيد ... وما قامعت من تلك اللئام
ومثلك قد قرنت له يديه ... الى اللحيين يمشى فى الخطام

ومن خبره فى صفين أن بجيلة قالت له : يا أبا شداد خذ رايتنا اليوم فقال : غيرى خير لكم . قالوا : ما نريد غيرك . قال فوالله لئن أعطيتمونيها لا أنتهى بكم دون صاحب الترس المذهب ، قال : وعلى رأس معاوية رجل قائم معه ترس مذهب يستر به معاوية من الشمس ، فقالوا له اصنع ما شئت ، فأخذ الراية ثم زحف فجعل يطاعنهم حتى انتهى الى صاحب الترس وكان فى خيل عظيمة فاقتتل الناس هنالك قتالا شديدا وقتل فى تلك الموقعة .

وحديث (اغد يا أنيس) مضى فى الحدود والله تعالى أعلم .

أما الأحكام فاذا ادعى رجل على رجل الى الحاكم فانه يجب عليه أن يحضره فان أبى ألزمه بالحضور عن طريق الشرطة سواء علم بينهما معاملة أم لا وسواء كان المدعى عليه ممن يعامل المدعى أم لا يعامله كالفقير يدعى على ذى جاه وثراء وهيئة ، وهذا احدى الروايتين عن أحمد وفى رواية الأثرم وهو اختيار أبى بكر من أصحابه وكذلك الخرقى فى متنه وابن قدامة فى المغنى وبه قال أبو حنيفة ، لأن فى تركه تضييعا للحقوق واقرارا للظلم ، فانه

قد يثبت له الحق على من هو أرفع منه بغصب أو يشترى منه شيئا دون أن يوفيه أو يودعه شيئا أو يعيره فلا يرد وديعة ولا عارية ولا نعلم بينهما معاملة فاذا لم يثبت دعــواه فى ثبت الدعاوى ويدرجهــا فى جاســاته سقط حق الضعيف ، وهذا أعظم ضررا من حضور مجلس الحاكم فانه لا نقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبى عند زيد بن ثابت ، وحضر هو وآخر عند شريح ، وحضر على عند شريح وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله ، وعن أحمد رواية ثانية أنه لا يستدعيه الا أن يعلم بينهما معامله ويتبين أن لما ادعاه أصلا ، روى ذلك عن على وهو مذهب مالك ، لأن فى ادعائه على كل أحد تبذيل أهل المروءات واهانة ذوى الهيئات فانه لا يشاء أحد أن يبذلهم عند الحاكم الا فعل ، وربما فعل هذا من لا حق له ليفــرض اتاوة على المدعى عليه ليعفيه من الدعوى بالتنازل عنها وعدم الحضــور ؛ فيجرى القــاضى محوها (شطبها) ورفضها • ودليلنا أن ضرر تضييع الحق أعظم والمحافظة على الحق المحتمل ضياعه أولى من توهم فقد مهابة الوجهــاء باستدعائهم لمجالس الحكام ، وليس أحد أرفع مكانة من أميرى المؤمنين عمر وعلى رضى الله عنهما • وقال القرطبى : وأســند الزهراوى عن الحسن بن أبى الحسن مرفوعا « من دعاه خصمه الى حاكم من حكام المسلمين فلم يجب فهو ظالم ولا حق له » • قال ابن العربى : هذا حديث باطل فأما قوله « فهو ظالم » فكلام صحيح ، وأما قوله « فلا حق له » فلا يصح ويحتمل أن يريد أنه على غير الحق اهـ •

فــــرع قال الشــافعى رحمــه الله : واذا اختصم الرجلان الى القاضى فبان له من أحد الخصمين اللدد نهاه عنه فان عاد زجره ولا يبلغ أن يحبسه ولا يضربه الا أن يكون فى ذلك ما يستوجب ضربا أو حبسا ، ومتى بان له الحق عليه قطع به الحكم عليه • هكذا قال فى الأم ومن الأم نقلته •

فــــرع لا يخلو المدعى عليه من أن يكون حاضرا أو غائبــا ، فان كان فى البلد أو قريبا منه بعث اليه يعلنه بالحضور ، وفى نظام المحضرين الذين يحملون اعلان القاضى الى الخصوم أو اعلان المدعين للحضــور فى

مجلس القاضي في يوم مسمى ما يوافق كلام الفقهاء قاطبة • فان لم يحضر فانه يبعث اليه مندوبا من الشرطة يؤكد عليه بالحضور على ألا يقتحم عليه منزله بغير اذن منه لحرمة بيوت المسلمين ، وقد فصل الشافعي آداب استدعاء المتهم بما يحفظ آدمية الانسان وآداب الشرع وحياء أهل المروءة فقال في الأم : (ان علم له مكانا ـ أي للمتهم ـ أمر بالهجوم عليه فبعث خصيانا أو غلمانا لم يبلغوا الحلم وثقات من النساء معهم ذوو عدل من الرجال فيدخل للنساء والصبيان : فان حصلوا في صحن الدار دخل الرجال ويؤمر الخصيان بالتفتيش ويتفقد النساء النساء فان ظفروا به أحضروه) وقال أصحابنا : اذا اختبأ بعث الحاكم من ينادي على بابه ثلاثا أنه ان لم يحضر مع فلان أقام عنه وكيلا وحكم عليه حكما غيابيا وقضى حقه من ماله ان وجد له مال وهذا مذهب أحمد وأبي يوسف وأهل البصرة وحكاه عنهم أحمد ، وان لم يكن له مال ولم تكن للمدعي بينة فلا ضرورة للتهجم •

فـــرع اذا كان الغائب في غير ولاية القاضي لم يكن له أن يعدى عليه وله الحكم عليه ، وان كان في ولايته وله في بلده خليفة ـ فان كان له بينة ـ ثبت الحق عنده ، وكتب به الى خليفته ولم يحضره ، وان لم تكن له بينة حاضرة نفذه الى خصمه ليخاصمه عند خليفته ، وان كان فيه من يصلح للقضاء أذن له في الحكم بينهما والا قيل له : حرر دعواك لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وقيمة الكلب أو خمر الذمي فلا يكلفه الحضور لما لا يقضى عليه به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر فانه لا مشقة في حضوره ، فاذا تحررت بعث فأحضر خصمه بعدت المسافة أو قربت • وبهذا قال أحمد وأصحابه وقال أبو يوسف ان كان يمكنه أن يحضر ويعود فيأوي الى موضعه أحضره والا لم يحضره ويوجد من يحكم بينهما وقيل : ان كانت المسافة دون مسافة القصر أحضره والا فلا •

فـــرع ان كان المدعى عليه امرأة من ربات الخدور التي لا تبرز لقضاء حوائجها أمرت بالتوكيل عنها ان توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أمينا معه شاهدان فيستحلفها بحضرتهما فان أقرت شهدا عليها أو يبعث اليها من يقضي بينها وبين خصمها في دارها • وهذا كله مذهب أحمد وأصحابه.

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « واغد يا أنيس الى امرأة هـذا فان اعترفت فارجمها » فبعث اليها ولم يستدعها . واذا حضروا عندها كان بينها وبينهم ستر تتكلم من ورائه ، فان اعترفت للمدعى أنها خصمه حكم بينهما وان أنكرت ذلك جيء بشاهدين من ذوى رحمها يشهدان أنها المدعى عليها ثم يحكم بينهما ، وان كانت خفرة منعها الحياء من النطق بحجتها والتعبير عن نفسها سيما مع جهلها بالحجة وقلة معرفتها بالشرع وحججه جاز القاضى أن يوكل عنها أمينا ترضاه للتعبير عنها والادلاء بحجتها . أما اذا كانت برزة — وهى التى تخرج لقضاء حوائجها — فحكمها حكم الرجل والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب صفة القضاء

اذا حضر عند القاضى خصمان وادعى أحدهما على الآخر حقا يصح فيه دعواه ، وسأل القاضى مطالبة الخصم بالخروج من دعواه طالبه ، وان لم يسأله مطالبة الخصم ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز للقاضى مطالبته لأن ذلك حق للمدعى فلا يجوز استيفاؤه من غير اذنه (الثانى) وهو المذهب انه يجوز له مطالبته لأن شاهد الحال يدل على الاذن فى المطالبة فان طولب لم يخل اما ان يقر أو ينكر أو لا يقر ولا ينكر ، فان أقر لزمه الحق ولا يحكم به الا بمطالبة المدعى ، لأن الحكم حق له فلا يستوفيه من غير اذنه . فان طالبه بالحكم حكم له عليه وان أنكر فان كان المدعى لا يعلم أن له اقامة البينة قال له القاضى ألك بينة ؟ وان كان يعلم فله أن يقول ذلك وله ان يسكت وان لم تكن له بينة وكانت الدعوى فى غير دم فله أن يحلف المدعى عليه ولا يجوز للقاضى احلافه الا بمطالبة المدعى لأنه حق له فلا يستوفيه من غير اذنه ، وان احلفه قبل المطالبة لم يعتد بها لأنها يمين قبل وقتها ، وللمدعى أن يطالب باعادتها لأن اليمين الأولى لم تكن يمينه ، وان أمسك المدعى عن احلاف المدعى عليه ثم أراد ان يحلفه بالدعوى المتقدمة جاز لأنه لم يسقط حقه من اليمين وانما أخرها وان قال ابرأتك من اليمين سقط حقه منها فى هذه الدعوى وله أن يستأنف الدعوى لأن حقه لم يسقط بالابراء من اليمين فان استأنف فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التى أبرأه فيها من اليمين فان حلف سقطت الدعوى ، لما روى وائل بن حجر « أن رجلا من حضرموت ورجلا من كندة آتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

الحضرمي : هذا غلبني على ارض ورثتها من ابى ، وقال الكندى : أرضي وفى يدى ازرعها لا حق له فيها . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : شاهداك أو يمينه . قال : انه لا يتورع عن شيء ، فقال : ليس لك الا ذلك » فان امتنع عن اليمين لم يسأل عن سبب امتناعه فان ابتدأ وقال : امتنعت لأنظر فى الحساب تمهل ثلاثة أيام لأنها مدة قريبة ولا يمهل أكثر منها لأنها مدة كثيرة فان لم يذكر عذرا لامتناعه جعله ناكلا ولا يقضى عليه بالحق بنكله لأن الحق انما يثبت بالاقرار او البينة ، والنكول ليس باقرار ولا بينة ، فان بذل اليمين بعد النكول لم يسمع ، لأن بنكوله ثبت للمدعى حق وهو اليمين فلم يجز ابطاله عليه فان لم يعلم المدعى ان اليمين صارت اليه قال له القاضى : تحلف وتستحق ؟ وان كان يعلم فله ان يقبل ذلك وله ان يسكت ، وان قال : احلف ردت اليمين عليه لما روى ابن عمر رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم رد اليمين على صاحب الحق » وروى (ان المقداد استقرض من عثمان مالا فتحاكما الى عمر فقال المقداد : هو أربعة آلاف وقال عثمان : سبعة آلاف فقال المقداد لعثمان : احلف انه سبعة آلاف . فقال عمر : انه أنصفك ، فلم يحلف عثمان . فلما ولى المقداد قال عثمان : والله لقد أقرضته سبعة آلاف ، فقال عمر : لم لم تحلف ؟ فقال خشيت أن يوافق ذلك به قدر بلاء فيقال : بيمينه) .واختلف قول الشافعى رحمه الله تعالى فى نكول المدعى عليه مع يمين المدعى فقال فى احد القولين : هما بمنزلة البينة لأنه حجة من جهة المدعى . وقال فى القول الآخر : هما بمنزلة الاقرار ، وهو الصحيح لأن النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين ترتب عليه ، وله ، فصار كاقراره فان نكل المدعى عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث لم يسأل عن سبب نكوله ان بنكول المدعى عليه وجب للمدعى حق فى رد اليمين والقضاء له ، فلم يجز سؤال المدعى عليه ، وبنكول المدعى لم يجب لغيره حق فيسقط بسؤاله فان سئل فذكر أنه امتنع من اليمين لأن له بينة يقيمها وحسابا ينظر فيه فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه فى المدة ويترك ما تارك ، والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث قلنا انه لا يترك أكثر من ثلاثة أيام ان يترك المدعى عليه يتأخر حق المدعى فى الحكم له ويترك المدعى لا يتأخر الا حقه ، وان قال : امتنعت لأنى لا اختار ان احلف حكم بنكوله ، فان بذل اليمين بعد النكول لم يقبل فى هذه الدعوى لأنه أسقط حقه منها ، فان عاد فى مجلس آخر واستأنف الدعوى وأنكر المدعى عليه وطلب يمينه حلف فان حلف ترك ، وان نكل ردت اليمين على المدعى ، فاذا حلف حكم له لأنها يمين فى غير الدعوى التى حكم فيها بنكوله ، فان كان له شاهد واختار ان يحلف المدعى عليه جاز وتنتقل اليمين الى جنبة المدعى عليه ، فان أراد أن يحلف مع شاهده لم يكن له فى هذا المجلس لأن اليمين انتقلت عنه الى جنبة غيره فلم تعد اليه ، فان عاد فى مجلس آخر واستأنف الدعوى جاز أن يقيم الشاهد ويحلف معه لأن حكم الدعوى الأولى قد سقط . وان حلف المدعى عليه فى الدعوى الأولى سقطت عنه

المطالبة ، وان نكل عن اليمين لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعى لأن للشاهد معنى تقوى به جنبة المدعى فلم يقض به مع النكول من غير يمين كاللوث فى القسامة . وهل ترد اليمين على المدعى ليحلف مع الشاهد ؟ فيه قولان احدهما : انه لا ترد لأنها كانت فى جنبته وقد أسقطها وصارت فى جنبة غيره فلم تعد اليه كالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فردت الى المدعى فنكل فانها لا ترد على المدعى عليه . والقول الثانى وهو الصحيح : انها ترد لأن هذه اليمين غير الأولى لأن سبب الأولى قوة جنبة المدعى بالشاهد ، وسبب الثانية قوة جنبته بنكول المدعى عليه واليمين الأولى لا يحكم بها الا فى المال وما يقصد به المال ، والثانية يقضى بها فى جميع الحقوق التى تسمع فيها الدعوى فلم يكن سقوط احداهما موجبا لسقوط الأخرى ، فان قلنا : انها لا ترد حبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأنه تعين عليه ذلك ، وان قلنا : انها ترد حلف مع الشاهد واستحق .

فصل وان كانت الدعوى فى موضع لا يمكن رد اليمين على المدعى بأن ادعى على رجل دينا ومات المدعى ولا وارث له غير المسلمين وانكر المدعى عليه ونكل عن اليمين ففيه وجهان ذكرهما أبو سعيد الاصطخرى (احدهما) أنه يقضى بنكوله لأنه لا يمكن رد اليمين على الحاكم لأنه لا يجوز أن يحلف عن المسلمين لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا يمكن ردها على المسلمين لأنهم لا يتعينون فقضى بالنكول لموضع الضرورة (والثانى) وهو المذهب انه يحبس المدعى عليه حتى يحلف او يقر لأن الرد لا يمكن لما ذكرناه ، والقضاء بالنكول لا يجوز لما قدمناه ، لأنه اما ان يكون صادقا فى انكاره فلا ضرر عليه فى اليمين أو كاذبا فيلزمه الاقرار . وان ادعى وصى ديناً لطفل فى حجره على رجل وأنكر الرجل ونكل عن اليمين وقف الى ان يبلغ الطفل فيحلف لأنه لا يمكن رد اليمين على الوصى لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا على الطفل فى الحال لأنه لا يصح يمينه فوجب التوقف الى ان يبلغ .

فصل وان كان للمدعى بينة عادلة قدمت على يمين المدعى عليه لأنها حجة لا تهمة فيها لأنها من جهة غيره واليمين حجة يتهم فيها لأنها من جهته ولا يجوز سماع البينة ولا الحكم بها الا بمسئلة المدعى لأنه حق له فلا يستوفى الا باذنه . فان قال المدعى عليه : احلفوه انه يستحق ما شهدت به البينة ، لم يحلف لأن فى ذلك طعنا فى البينة العادلة ، وان قال : ابرانى منه فحلفوه انه لم يبرئنى منه او قضيته فحلفوه انى لم اقضه حلف لأنه ليس فى ذلك قدح فى البينة ، وما يدعيه محتمل فحلف عليه ، وان كانت البينة غير عادلة قال له القاضى : زدنى فى شهودك ، وان قال المدعى : لى بينة غائبة وطلب يمين المدعى عليه احلف لأن الغائبة كالمعدومة لتعذر اقامتها ، فان حلف المدعى

عليه ثم حضرت البينة وطلب سماعها والحكم بها وجب سماعها والحكم بها لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال : ((البينة العادلة احق من اليمين الفاجرة)) ولأن البينة كاقرار ثم يجب الحكم بالاقرار بعد اليمين فكذلك بالبينه . وان قال : لى بينة حاضرة ولكنى أريد أن احلفه حلف ، لأنه قد يكون له غرض فى احلافه بأن يتورع عن اليمين فيقر واثبات الحق بالاقرار أقوى وأسهل من اثباته بالبينة . وان قال : ليس لى بينة حاضرة ولا غائبة أو قال كل بينة وشهد لى فهى كاذبة وطلب احلافه فحلف ثم أقام البينة على الحق ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنها لا تسمع لأنه كذبها بقوله (والثانى) أنه ان كان هو الذى استوثق بالبينة لم تسمع لأنه كذبها وان كان غيره المستوثق بالبينة سمعت لأنه لم يعلم بالبينة فرجع قوله لا بينة لى الى ما عنده (والثالث) انها تسمع بكل حال وهو الصحيح لأنه يجوز أن يكون ما علم ، وان علم فلعله نسى ، فرجع قوله لا بينة لى الى ما يعتقده .

فصل وان قال المدعى لى بينة بالحق لم يجز له ملازمة الخصم قبل حضورها لقوله صلى الله عليه وسلم ((شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك)) وان شهد له شاهدان عدلان عند الحاكم وهو لا يعلم أن له دفع البينة بالجرح قال له قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبتت عدالتهما عندى وقد اطردتك جرحهما وان كان يعلم فله ان يقول وله أن يسكت ، فان قال المشهود عليه لى بينة بجرحهما نظر فان لم يات بها حكم عليه ، لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال فى كتابه الى ابى موسى الأشعرى رضى الله عنه (واجعل لمن ادعى حقا غائبا أمدا ينتهى اليه فان أحضر بينته أخذت له حقه ، والا استحللت عليه القضية ، فانه أنفى للشك وأجلى للعمى) ولا ينظر أكثر من ثلاثة أيام لأنه كثير وفيه اضرار بالمدعى ، وان قال لى بينة بالقضاء أو الابراء أمهل ثلاثة أيام ، فان لم يأت بها حلف المدعى أنه لم يقضه ولم يبرئه ثم يقضى له لما ذكرناه وله أن يلازمه الى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء ، لأن الحق قد ثبت له فى الظاهر . وان شهد له شاهدان ولم تثبت عدالتهما فى الباطن فسأل المدعى أن يحبس الخصم الى أن يسأل عن عدالة الشهود ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحق وهو ظاهر المذهب انه يحبس لأن الظاهر العدالة وعدم الفسق (والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يحبس لأن الأصل براءة ذمته . وان شهد له شاهد واحد وسأل ان يحبسه الى أن يأتى بشاهد آخر ففيه قولان (أحدهما) أنه يحبس كما يحبس اذا جهل عدالة الشهود (والثانى) أنه لا يحبس وهو الصحيح لأنه لم يأت بتمام البينة ، ويخالف اذا جهل عدالتهم لأن البينة تم عددها ، والظاهر عدالتها . وقال أبو اسحق : ان كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد واليمين حبس قولا واحدا لأن الشاهد الواحد حجة فيه لأنه يحلف معه) .

الشرح حديث وائل بن حجر قال فى ذخائر المواريث أخرجه مسلم فى الايمان عن قتيبة وأبى بكر وهناد بن السرى وأبى عاصم وعن زهير بن حرب واسحاق بن ابراهيم وفى أبى داود عن هناد فى كتاب الأيمان وفى الترمذى فى الأحكام عن قتيبة ا هـ وقال الشوكانى فى نيل الأوطار وقد ساقه ابن تيمية [1] الجد فى منتقى الأخبار من حديث الأشعث بن قيس قال : « كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر فاختصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : شاهداك أو يمينه فقلت : انه اذن يحلف ولا يبالى فقال : من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان » متفق عليه قال : واحتج به من لم ير الشاهد واليمين ومن رأى العهد يمينا • وفى لفظ « خاصمت ابن عم لى عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بئر كانت لى فى يده فجحدنى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بينتك أنها بئرك والا فيمينه ، قلت : ما لى بينة وان يجعلها يمينه تذهب بئرى ان خصمى امرؤ فاجر • فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من اقتطع مال امرىء مسلم بغير حق لقى الله وهو عليه غضبان » رواه أحمد وساق حديث وائل بن حجر • قال الشوكانى : قد تقدم فى كلام الأشعث بن قيس أن رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم وهكذا وقع فى رواية أبى داود وذلك يقتضى أن الخصومة بين رجلين غيره ورواية حديث الباب [2] تقتضى أنه أحد الخصمين ، ويمكن الجمع بالحمل على تعدد الواقعة فان رواية لأبى داود فى حديث الأشعث هذا بلفظ « كان بينى وبين رجل من اليهود أرض فجحدنى فيها » ففى هذا تصريح بأن خصمه كان يهوديا بخلاف ما تقدم فى الغصب فانه قال : ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت والكندى هو امرؤ القيس بن

---

(1) ابن تيمية الجد هو ما أطلقاه على صاحب المنتقى واسمه عبد السلام وكنيته أبو البركات ولقبه مجد الدين أما حفيده فهو شيخ الاسلام واسمه أحمد وكنيته أبو العباس ولقبه تقى الدين (ط) •

(2) يعنى (باب استحلاف المنكر اذا لم تكن بينة وانه ليس للمدعى الجمع بينهما) من كتاب نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار جـ ٩ ص ٢١٦ (ط) •

عابس الصحابي الشاعر والحضرمي هو ربيعة بن عبدان ـ بكسر العين ـ وكذلك حديث وائل المذكور هاهنا بأن الخصومة فيه بين الكندي والحضرمي وهما المذكوران في حديث الأشعث ومن طريق وائل ، وأما المخاصمة بين الأشعث وغريمه فقصة أخرى رواها الأشعث والله أعلم •

قلت : وفي الرواية التي ساقها ابن تيمية في النيل زيادة على ما أورده المصنف هنا بعد « ليس لك منه الا ذلك » « فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر الرجل أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض » وأما حديث ابن عمر فقد أخرجه البيهقي من حديث سليمان بن عبد الرحمن حدثنا محمد بن مسروق عن اسحق بن الفرات عن الليث عن نافع عن ابن عمر ورواه الحاكم في المستدرك [1] والدارقطني في سننه وأما أثر استقراض المقداد من عثمان فأخرجه البيهقي وغيره من حديث مسلمة بن علقمة عن داود عن الشعبي أن المقداد استقرض من عثمان الخ ورواه أبو عبيد عن عفان بن مسلم عن سلمة •

اما اللغات فقوله (قدر بلاء) قال في اللسان : القدر القضاء الموفق يقال : قدر الاله كذا تقديرا واذا وافق الشيء الشيء قلت جاء قدره • القدر والقدر القضاء والحكم هو ما يقدره الله تعالى من القضاء ويحكم به من الأمور • وأنشد الأخفش :

ألا يا لقومي للنوائب والقدر ... وللأمر يأتي المرء من حديث لا يدري

وللأرض كم من صالح تودأت ... عليه فوارته بلماعة قفر

فلاذا جلال هبنه لجلاله ... ولاذا ضياع هن يتركن للفقر

تودأت عليه أي استوت عليه واللماعة الأرض التي يلمع فيها السراب والقدر والقدر وجمعهما جميعا أقدار وقال اللحياني : القدر الاسم والقدر المصدر وأنشد :

كل شيء حتى أخيك متاع ... وبقدر تفرق واجتماع

---

(١) قال ابن القيم في الطرق الحكمية : ومحمد بن مسروق ينظر من هو

(والبلاء) ما يصيب الانسان من خير أو شر قال تعـالى : « ونبلوكم بالشر والخير فتنة » والمقصود هنا ما يصيب الانسان من الشدة والتعب فى النفس والمال ، قوله (نكل عن اليمين) يقال : نكل ينكل كنصر وضرب : نكص . ونكل عن العدو ينكل بالضم أى جبن ونكله عن الشيء صرفه عنه وقال الليث : النكل اسم لما جعلته نكالا لغيره اذا رآه خاف أن يعمل عمله قال الشاعر :

فلم أنكل عن الضرب مسمعا

أى لم أجبن ولم أمتنع ، وانه لنكل شر أى ينكل به أعداؤه ، والنكل بالكسر القيد الشديد من أى شيء كان والجمع أنكال وفى التنزيل العزيز « ان لدينا أنكالا وجحيما » قيل : هى قيود من نار وفى الحديث : (يؤتى بقوم فى النكول) بمعنى القيـود الواحد نكل ويجمع أيضـا على أنكال وسميت القيود أنكالا لأنها ينكل بها أى يمنع . والمنكل اسم الصخر فى لغة هذيل قال :

فارم على أقفـائهم بمنكل بصخرة أو عرض جيش جحفل

قوله (لطفـل فى حجره) الحجر بمعنى الحضن وهو ما بين الابط الى الكشح وهو الجنب (واليمين الفاجرة) الكاذبة والفجر أصله الشق ومنـه سمى الفجر ، وقيل انه الميل عن القصد وقيل للمائل عن الخير والعادل عنه فاجر لميله عن الرشد و (ملازمة الخصم) أن يقعد معه حيث قعد ويذهب حيث ذهب كأنه ظله .

اما الأحكام فان صفة الطرق التى يحكم بها القاضى وهى قسمان اثبات والزام ، فالاثبات يعتمد الصدق والالزام يعتمد العدل قال تعـالى : « وتمت كلمة ربك صدقا وعدلا » وكل قسم منهما له طرق متعددة أفادها العلامة ابن القيم فى طرقه الحكمية (أحدها) اليد المجردة التى لا تفتقر الى يمين ، كأن كان وصيا على صبى أو مجنون وفى يده شيء انتقل اليه من أبيه كان مجرد اليد كافيا فى الحكم له من غير يمين لا على الطفل ولا على الوصى

لعدم صحة اليمين من الأول ولعدم كون الثـانى مدعى عليه فى الحقيقـة ولا يتوجه عليه اليمين (والثانى) الانكار المجرد من ذلك اذا ادعى رجل دينا على ميت أو أنه أوصى له بشيء وللميت وصى بتنفيذ وصاياه وقضاء دينـه فأنكر ، فان كان للمدعى بينة حكم بها والا فليس سبيل الى احلاف الوصى على نفى العلم ، لأن مقصود التحليف أن يقضى عليه بالنكول اذا امتنع من اليمين والوصى لا يقبل اقراره بالدين والوصية ولو نكل لا يقضى عليـه فلا فائدة فى تحليفه ، ولو كان وارثا استحلف وقضى بنكوله ، ومنه أن يدعى على القاضى ظلمه اياه فى حكم أو على الشاهد أنه تعمد الكذب أو الغلط أو ادعى عليه ما يسقط شهادته لم يحلفا لارتفـاع منصبهما عن التحليف ، ومنه دعوى الرجل على المرأة النكاح ودعواها عليه الطـلاق ودعوى كل منهما الرجعة ودعوى الأمة أن سيدها ولدها ودعوى المرأة أن زوجها آلى منها ودعوى الرق والولاء والقود وحد القذف .

وعن أحمد أنه يستحلف فى الطلاق والايلاء والقود والقذف . وعنـه أنه يستحلف فيما لا يقضى فيه بالنكول ، وقال فى رواية أبى القـاسم : لا أرى اليمين فى النكاح ولا فى الطلاق ولا فى الحـدود لأنه ان نكل لم أقتله ولم أحده ولم أدفع المرأة اليه . وظاهر ما نقله الخرقى أنه يستحلف فيما عدا القود والنكاح وعنه ما يدل على أنه يستحلف فى الكل .

فـرع لليمين فوائد منها تخويف المدعى عليه سوء العاقبة فى الحلف الكاذب فيحمله ذلك على الاقرار بالحق ، ومنها القضاء عليه بنكوله عنها ، ومنها انقطاع الخصومة والمطالبة فى الحال وتخليص كل من الخصمين من ملازمة الآخر ولكنها لا تسقط الحق ولا تبرىء الذمة باطنا ولا ظاهرا . فلو أقام المدعى بينة بعد حلف المدعى عليه سمعت وقضى بها وكذا لو ردت اليمين على المدعى فنكل ثم أقام المدعى بينـة سمعت وحكم بها ، ومنهـا تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق فان اليمين الغموس تدع الديار بلاقع فيشتفى بذلك المظلوم عوض ما ظلمه باضاعة حقه ، ومنها اثبات الحق بها اذا ردت على المدعى أو أقام شاهدا واحدا ، ومنها أن يحكم باليد مع يمين صاحبها كما اذا ادعى عليه عينا فى يده فأنكر فسأل احلافه فانه

يحلف وتترك يده لترجح جانب صاحب اليد ، ولهـذا شرعت اليمين فى جهته فان اليمين تشرع فى جنبه أقوى المتداعيين هذا اذا لم تكذب القرائن الظاهرة فان كذبتها لم يلتفت اليها وعلم أنها يد مبطلة ، اذا قضينا باليـد فانما نقضى بها اذا لم يعارضها ما هو أقوى منها ، واليـد ترفع بالنكول وبالشاهد الواحد مع اليمين وباليمين المردودة ، واليد يحتمل أن تكون محقة وأن تكون مبطلة فهذه هى التى تسمع الدعوى عليها ،

فـــرع من طرق الحكم أن يحكم بالنكول وحده أو به مع رد اليمين ، وقد روى أحمد وغيره « أن عبد الله بن عمر قدم الى عثمـان بن عفان فى عبد له فقال له عثمان : احلف أنك ما بعت العبد وبه عيب علمته فأبى ابن عمر أن يحلف فرد عليه العبد » ، وعند أحمد وأصحابه وأبى حنيفة وأصحابه أن الحاكم يقول له : ان لم تحلف قضيت عليك ـــ ثلاثا ـــ فان لم يحلف قضى عليه ، ومذهبنا اذا نكل ردت اليمين على المدعى فان حلف قضى له وبه قال مالك والأوزاعى وشريح والقاضى وابن سـيرين والنخعى وقد صوبه الامام أحمد واختاره أبو الخطاب قال ابن القيم واختاره شيخنا ـــ يعنى ابن تيمية أبا العباس ـــ فى صـورة الحكم بمجرد النكول فى صورة ، وهذا قول على بن أبى طالب رضى الله عنه وقـد روى الدارقطنى من حديث نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق » واحتج لهذا القول بأن الشارع شرع اليمين مع الشاهد الواحد ، فلم يكتف فى جانب المدعى بالشاهد وحده حتى يأتى باليمين تقوية لشاهده ، ونكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعى فهو أولى أن يقوى بيمين الطالب فان النكول ليس بينة من المدعى عليه ولا اقرارا ، وهو حجة ضعيفة فلم يقو على الاستقلال بالحكم ، فاذا حلف معه المدعى قوى جانبه ، فاجتمع النكول من المدعى عليه واليمين من المدعى فقاما مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين والله أعلم ،

فـــرع اذا ردت اليمين على المدعى فهل تكون يمينه كالبينة أم كاقرار المدعى عليه ؟ فيه قولان (أظهرهما) عند الأصحاب والمصنف كما

هو واضح من سياق الفصل أنها كالاقرار • فعلى هذا لو أقام المدعى عليه بينة بالأداء والابراء بعد ما حلف المدعى فان قيل : يمينه كالبينة سمعت للمدعى عليه ، وان قيل : هى كالاقرار لم تسمع لكونها مكذبة للبينة بالاقرار •

مسألة اذا قلنا برد اليمين فهل ترد بمجرد نكول المدعى عليه ؟ أم لا ترد حتى يأذن فى ذلك ؟ ظاهر كلام المصنف أنه لا يسأل فى دلك وقال ابن القيم : ظاهر كلام الامام أحمد أنه لا يشترط اذن الناكل لأنه لما رغب عن اليمين انتقلت الى المدعى ، لأنها برغبته ونكوله عنها مع تمكنه من الحلف صار راضيا بيمين المدعى فجرى ذلك مجرى اذنه كما أنه بنكوله نزل منزلة الباذل أو المقر • وقال أبو الخطاب ــ من الحنابلة ــ لا ترد اليمين الا اذا أذن فيها الناكل لأنها من جهته وهو أحق بها من المدعى ولا تنتقل عنه الى المدعى عليه الا باذنه •

فـرع ملخص ما ورد فى الأم للشافعى عن اليمين مع الشاهد :

أخبرنا الربيع قال أخبرنا الشافعى أخبرنا عبد الله بن الحارث المخزومى عن سيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد • قال عمرو : فى الأموال • وأورد نحوه عن ابن عباس ورجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال : ولا يحضرنى اسمه الآن ــ قلت : وجهالة الصحابى لا تضر لثبوت عدالتهم فهو من قبيل مجهول العين معلوم الحال وأورد مثله عن سعيد بن عمرو بن شرحبيل بن سعيد بن سعد بن عبادة عن أبيه عن جده قال : « وجدنا فى كتب سعد بن عبادة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » وورد مثله عن أبى هريرة ومثله عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه • قال الشافعى : أخبرنا مسلم بن خالد حدثنى جعفر ابن محمد قال : سمعت الحكم بن عنيبة يسأل أبى وقد وضع يده على جدار القبر ليقوم : أقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد ؟ قال : نعم وقضى بها على بين أظهركم قال مسلم : قال جعفر :

فى الدين ثم قال : أخبرنا مالك عن أبى الزناد أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطـاب وهو عامل له على الكوفة أن اقض باليمين مع الشاهد • وفى رواية بزيادة : فانها السنة • قال أبو الزناد : فقال رجل من كبرائهم فقال : أشهد أن شريحا قضى بها فى هذا المسجد • وذكر هشيم عن حصين قال : خاصمت الى عبد الله بن عتبـة فقضى باليمين مع الشاهد • وذكر عبد العزيز بن الماجشون عن زريق بن حكيم قال : كتبت الى عمر بن عبد العزيز أخبره أنى لم أجـد اليمين مع الشاهد الا بالمدينة قال : فكتب الى أن اقض بها فانها السـنة • ثم روى بالاسناد عن أبى جعفر محمـد بن على أن أبى بن كعب قضى باليمين مع الشـاهد •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى الحكم بالشاهد واليمين :

قد ذكرنا أن مذهبنا جواز الحكم بالشاهد واليمين وهو مذهب فقهاء الحديث كلهم ومذهب فقهاء الأمصار ما خلا أبا حنيفة وأصحابه ، وقد روى مسلم فى صحيحه من حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين » قال عمرو : فى الأموال • وقال الشافعى : حديث ابن عباس ثابت ومعه ما يشده • قال ابن عبد الحكم : سمعت الشافعى يقول : قال لى محمد بن الحسن : لو علمت أن سيف بن سليمان يروى حديث اليمين مع الشاهد لأفسدته فقلت يا أبا عبد الله واذا أفسدته فسد ؟ قال على بن المدينى : سألت يحيى بن سعيد عن سيف بن سليمان فقال : هو عندنا ممن يصدق ويحفظ وكان ثبتا • قلت : هو رواه عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار وقد رواه أبو داود من حديث عبـد الرزاق أخبرنا محمد بن مسلم عن عمرو • وقد روى القضاء بالشاهد مع اليمين من رواية عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعبـد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وسعد بن عبادة والمغيرة بن شعبة وجابر بن عبد الله وزيد ابن ثعلبة وجماعة من الصحابة منهم عمـارة بن حزم وأبو هريرة وسرق وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمرو وأبو سعيد الخدرى وعامر بن ربيعـة وسهل بن سعد الساعدى وعمرو بن حزم والمغيرة بن شـعبة وبلال بن

الحرث وتميم الداري ومسلم بن قيس وأنس بن مالك وقد ذكر أبو بكر الخطيب فى مصنف أفرده لهذه المسألة أحاديثهم باسناده .

قال الشافعي : واليمين مع الشاهد لا تخالف من ظاهر القرآن شيئا لأنا نحكم بشاهدين وشاهد وامرأتين فاذا كان شاهد واحد حكمنا بشاهد ويمين وليس ذا يخالف القرآن . لأنه لم يحرم أن يكون أقل مما نص عليه فى كتابه ورسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بما أراد وقد أمرنا الله أن نأخذ ما آتانا .

قال العلامة ابن القيم : ليس فى القرآن ما يقتضى أنه لا يحكم الا بشاهدين أو شاهد وامرأتين فان الله سبحانه انما أمر بذلك أصحاب الحقوق أن يحفظوا حقوقهم بهذا النصاب ولم يأمر بذلك الحكام أن يحكموا به فضلا عن أن يكون قد أمرهم ألا يقضوا الا بذلك ، ولهذا يحكم الحاكم بالنكول واليمين المردودة والمرأة الواحدة والنساء المنفردات لا رجل معهن وبمعاقد القمط ووجوه الآجر غير ذلك من طرق الحكم التى لم تذكر فى القرآن . فان كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفا لكتاب الله فهذه أشد مخالفة لكتاب الله منه ، وان لم تكن هذه الأشياء مخالفة للقرآن فالحكم بالشاهد واليمين أولى ألا يكون مخالفا للقرآن فطرق الحكم شىء وطرق حفظ الحقوق شىء آخر وليس بينهما تلازم ، فتحفظ الحقوق بما لا يحفظ به صاحب الحق حقه ولا خطر على باله من نكول ورد يمين وغير ذلك ، والقضاء بالشاهد واليمين مما أراه الله لنبيه قال تعالى (ان أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله) .

وقد نسب الى البخارى انكار الحكم بشاهد ويمين فانه فى « باب يمين المدعى عليه » من كتاب الشهادات قال قتيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن ابن شبرمة قال : كلمنى أبو القرناء فى شهادة الشاهد ويمين المدعى فقلت : قال الله تعالى : « وأشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى » قال ابن القيم : اذا كان يكتفى بشهادة شاهد ويمين

يحتاج أن تذكر احداهما الأخرى ما كان يصنع بهذه الأخرى ؟ فترجمة الباب بأن اليمين من جهة المدعى عليه وذكر هذه المناظرة وعدم رواية حديث أو أثر فى الشاهد واليمين ظاهر فى أنه لا يذهب اليه. وهذا ليس بصريح أنه مذهبه ولو صرح به ، فالحجة فيما يرويه لا فيما يراه .

قال الاسماعيلى عند ذكر هذه الرواية : ليس فيما ذكره أبا شبرمة معنى ، فان الحاجة الى اذكار احداهما الأخرى هو فيما اذا شهدتا فاذا لم تشهدا قامت مقامهما يمين الطالب ببيان السنة الثابتة ، واليمين ممن هى عليه لو انفردت لحلت محل البينة فى الأداء والابراء . فكذلك حلت اليمين هنا محل الشاهد ومحل المرأتين فى الاستحقاق بانضمامهما الى الشاهد الواحد ولو وجب اسقاط السنة الثابتة فى الشاهد واليمين كما ذكر ابن شبرمة لسقط الشاهد والمرأتان لقوله صلى الله عليه وسلم « شاهداك أو يمينه » فنقله عن الشاهدين الى يمين خصمه بلا ذكر رجل وامرأتين .

وقال مالك فى الموطأ فى باب اليمين مع الشاهد فى كتاب الأقضية : ومن الناس من يقول : لاتكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تعالى وقوله الحق : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » يقول : فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شىء له ولا يحلف مع شاهده . قال مالك : فمن الحجة على من قال ذلك القول أن يقال له : أرأيت لو أن رجلا ادعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه ، وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه لحق وثبت حقه على صاحبه ، فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان ، فبأى شىء أخذ هذا أو فى أى موضع من كتاب الله وجده ، فان أقر بهذا فليقرر باليمين مع الشاهد ، وأن لم يكن ذلك فى كتاب الله عز وجل ، وانه ليكفى من ذلك ما مضى من السنة ولكن المرء قد يجب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة وفى هذا بيان ما أشكل من ذلك ان شاء الله تعالى . وأراد أبو محمد ابن حزم أن يرد عليه فقال : ان كان خفى عليه قضاء أهل العراق بالنكول

فانه لعجيب ثم قوله : أقر برد اليمين وان لم تكن فى كتاب الله فليقر باليمين مع الشاهد وان لم يكن فى كتاب الله فعجب آخر لأن اليمين مع الشاهد ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو فى كتاب الله قال تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » اهـ .

وأراد العلامة ابن القيم أن يوفق بين الامامين مالك وابن حزم أو أن يرد تحامل ابن حزم فيما لا ينبغى التحامل فيه فقال رحمه الله : ليس فى واحد من الأمرين عجب . أما حكايته الاجماع فانه لم يقل : لا خلاف أنه لا يحكم بالنكول بل اذا نكل ورد اليمين حكم له بالاتفاق فان فقهاء الأمصار على قولين منهم من يقول : يقضى بالنكول ومنهم من يقول : اذا نكل ردت اليمين على المدعى فان حلف حكم له فهذا الذى أراد مالك رحمه الله أنه اذا رد اليمين مع نكول المدعى عليه لم يبق فيه اختلاف فى بلد من البلدان وان كان فيه اختلاف شاذ .

وأما تعجبه من قوله « ان الشاهد واليمين ليس فى كتاب الله » فتعجبه هو التعجب منه فان المانعين من الحكم بالشاهد واليمين يقولون : ليس هو فى كتاب الله بل فى كتاب الله خلافه وهو اعتبار الشاهدين فقال مالك رحمه الله : اذا كنتم تقضون بالنكول ويقضى الناس كلهم بالرد مع النكول وليس فى كتاب الله فهكذا الشاهد مع اليمين يجب أن يقضى به وان لم يكن فى كتاب الله تعالى كما دلت عليه السنة فهذا الزام لا محيد عنه .

قال ابن حزم وأما رد اليمين على الطالب اذا نكل المطلوب فما كان من كتاب الله تعالى ولا فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فبين الأمرين فرق كما بين السماء والأرض فيقال : بل أرشد اليه كتاب الله وسنة رسوله أما الكتاب فانه شرع الأيمان فى جانب المدعى اذا احتاج الى ذلك وتعذرت عليه اقامة البينة وشهدت القرائن بصدقه كما فى اللعان وشرع عذاب المرأة بالحد بنكولها مع يمينه فاذا كان هذا شرعه فى الحدود التى تدرأ بالشبهات وقد أمرنا بدرئها ما استطعنا فلأن يشرع الحكم فيها بيمين المدعى مع نكول المدعى عليه فى درهم وثوب ونحو ذلك أولى وأحرى ، لكن أبو محمد

وأصحابه سدوا على نفوسهم باب اعتبار المعانى والحكم التى علق بها الشارع الحكم ففاتهم بذلك حظ عظيم من العلم كما أن الذين فتحوا على نفوسهم باب الأقيسة والعلل التى لم يشهد لها الشارع بالقبول دخلوا فى باطل كثير وفاتهم حق كثير فالطائفتان فى جانب افراط وتفريط .

واما أرشاد السنة الى ذلك فالنبى صلى الله عليه وسلم جعل اليمين فى جانب المدعى اذا أقام شاهدا واحدا لقوة جانبه بالشاهد ومكنه من اليمين بغير بذل خصمه ووصاه وحكم له بها مع شاهده فلأن يحكم له باليمين التى يبذلها خصمه مع قوة جانبه بنكول (١) خصمه أولى وأحرى ، وهذا مما لا شك فيه من له خوض فى حكم الشريعة وعللها ومقاصدها ، ولهذا شرعت الأيمان فى القسامة فى جانب المدعى لقوة جانبه باللوث وهذه المواضع الثلاثة التى استثناها منكرو القياس . ولما كانت أفهام الصحابة رضى الله عنهم فوق أفهام جميع الأمة وعلمهم بمقاصد نبيهم وقواعد دينه وشرعه أتم من علم من جاء بعدهم عدلوا عن ذلك الى غير هذه المواضع الثلاثة وحكموا بالرد مع النكول فى موضع وبالنكول وحده فى موضع ، وهذا من كمال فهمهم وعلمهم بالجامع والفارق والحكم والمناسبات . أفاده ابن القيم فى الطرق الحكمية ومنه نقلته . وقال أبو محمد بن حزم محتجا لمذهبه : ونحن نقول ان نكول الناكل عن اليمين فى كل موضع عليه يوجب أيضا عليه حكما وهو الأدب لذى أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم على كل من أتى منكرا يوجب تغييره باليد فيقال له : قد يكون معذورا فى

---

(١) قال الدكتور محمد سلام مدكور فى كتابه فى الفقه (الحقوقى) : تضمنت المواد ٤١٠ الى ٤١٧ طريقة الاثبات باليمين والنكول وهى فى مجموعها تتضمن أن اليمين نوعان يمين حاسمة وهى التى يوجهها الى خصمه يحتكم بها الى ضميره لحسم النزاع ويمين متممة وهى التى يوجهها القاضى الى اى من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التى قدمها الخصم ، وقد تضمنت المادة ٤١٢ عدم جواز الرجوع فى طلب اليمين متى قبل الخصم حلفها . اما اليمين المتممة فيجوز للقاضى الرجوع فى توجيهها ومع هذا فهو غير مقيد بالحكم بموجبه بعد حلفه (المادة ٤١٥ وراجع الوسيط للدكتور السنهورى جـ ٢ ص ٥٨٦) .

نكوله غير آثم به بأن يدعى أنه أقرضه ويكون قد وفاه ولا يرضى منه الا بالجواب على وفق الدعوى وقد يتحرج من الحلف مخافة موافقة قضاء قدر كما قال ذلك عثمان رضى الله عنه ، وروى ذلك عن جماعة من السلف فلا يجوز أن يحبس حتى يحلف ، وقولهم : (ان هذا منكر يجب تغييره باليد) كلام باطل فان تورعه عن اليمين ليس بمنكر بل قد يكون واجبا أو مستحبا أو جائزا وقد يكون معصية • وقولهم ان الحلف حق قد وجب عليه فاذا أبى أن يقوم به ضرب حتى يؤديه ، فيقال ان فى اليمين حقا له وحقا عليه فان الشارع مكنه من التخلص من الدعوى باليمين وهى واجبة عليه للمدعى فاذا امتنع من اليمين فقد امتنع من الحق الذى وجب عليه لغيره ، وامتنع من تخليص نفسه من خصمه باليمين • فقيل : يحبس أو يضرب حتى يقر أو يحلف وقيل : يقضى عليه بنكوله ويصير كأنه مقر بالمدعى وقيل ترد اليمين على المدعى ، والأوجه الثلاثة فى مذهب أحمد وهى أقوال عنده وقول رابع بالتفصيل وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية قال : وفى المسألة وجه خامس : وهو أنه اذا كان المدعى متهما ردت اليمين عليه ، وان لم يكن متهما قضى عليه بنكول خصمه • وهذا القول يحكى عن ابن أبى ليلى وله حظ من الفقه فانه اذا لم يكن متهما غلب على الظن صدقه فاذا نكل خصمه قوى ظن صدقه فلم يحتج الى اليمين وأما اذا كان متهما لم يبق معنا الا مجرد النكول فقويناه برد اليمين عليه ، وهذا نوع من الاستحسان •

مسـألة مضى آنفا قولنا : الحكم قسمان اثبات والزام وقلنا : اذا كان وصيا على طفل أو مجنون وفى يده شىء انتقل اليه عن أبيه كان مجرد اليد كافيا فى الحكم به له وقلنا : ان من صور الانكار المجرد وأنه اذا ادعى رجل دينا على ميت أو أنه أوصى له بشىء وللميت وصى بقضاء دينه وتنفيذ وصاياه فأنكر فان كان للمدعى بينة حكم بها ، وان لم تكن له بينة وأراد تحليف الوصى على نفى العلم لم يكن له ذلك •

اذا ثبت هذا فكل ناكل لا يقضى عليه فهل يخلى أو يحبس حتى يقر أو يحلف على وجهين ذكرهما أبو سعيد الاصطخرى لأن النكول وان جرى مجرى الاقرار فليس باقرار صريح صحيح فلا يراق به الدم بمجرده

ولا مع يمين المدعى الا فى القسامة . واذا قلنا : يستحلف ولا يقضى بالنكول فى غير الأموال كان فائدة الاستحلاف حبسه اذا أبى الحلف فى أحد الوجهين وفى الآخر يخلى سبيله لأنه لا يقضى عليه بالنكول ، ولم يثبت عليه ما يعاقب عليه بالضرب والحبس حتى يفعله ، فانه يحتمل أن يكون المدعى محقا وأن يكون مبطلا فكيف يعاقب المدعي عليه بمجرد دعواه وطلب يمينه ؟ وتكون فائدة اليمين على هذا انقطاع الخصومة والمطالبة .

فاذا رأينا رجلا رقيق الحال يركب سيارة من آخر طراز ويحمل فى جيبه ألوف الدنانير والدولارات فانا نقطع بأن يده يد مبطلة ، فاذا اتهم بالسرقة أو السطو والنهب سمعت الدعوى لأنه ليس من أهل هذه الأموال التى يده عليها فاذا قضينا باليد فانما نقضى بها اذا لم يعارضها ما هو أقوى منها ، واذا كانت اليد ترفع بالنكول وبالشاهد مع اليمين المردودة فلأن ترفع بما هو أقوى من ذلك بكثير بطريق الأولى . وقد يحبس المدعى عليه اذا لم يقض بالنكول ولا بالرد حتى يجيب باقرار أو انكار يحلف معه وهو أحد الوجهين لأصحابنا وهو أحد الأقوال فى مذهب أحمد وبه قال ابن أبى ليلى فانه قال : لا أدعه حتى يقر أو يحلف . واحتج لهذا الوجه بأن المدعى عليه قد وجب عليه أحد الأمرين اما الاقرار واما الانكار فاذا امتنع من أداء الواجب عليه عوقب بالحبس ونحوه حتى يؤديه ، وكل من عليه حق فامتنع من أدائه فهذا سبيله . وفرق أصحاب الوجه الآخر بين الموضعين فقالوا : لو ترك ونكوله لأفضى الى ضياع حقوق الناس بالصبر على الحبس ، فاذا نكل عن اليمين ضعف جانب البراءة الأصلية فيه ، وقوى جانب المدعى فقوى عن اليمين ، وهذا كما أنه لما قوى جانب المدعين للدم باللوث بدىء بأيمانهم وأكدت بالعدد فى القسامة .

فرع اذا امتنع المدعى عليه عن اليمين حيث قلنا يستحلف قضينا بالنكول فى الجميع الا فى القود فى النفس خاصة وكل ناكل لا يقضى عليه ، فهل يخلى أو يحبس حتى يقر أو يحلف ؟ على وجهين . ولا يستحلف فى العبادات ولا فى الحدود فاذا قلنا يستحلف فى هذه الأشياء لم يقض فيها بالنكول على ظاهر كلام أحمد وتعليله ، واذا استحلفناه فان قضينا عليه

بالنكول فى كل موضع لتكون لليمين فائدة حتى فى قود الأطراف ولا يقضى بقود النفس ، وان استحلفناه ، لأن النكول وان جرى مجرى الاقرار فليس باقرار صحيح صريح فلا يراق به الدم بمجرده ولا مع يمين المدعى الا فى القسامة للوث والحكم باللوث فى الأموال أقوى منه فى الدماء فان طرق ثبوتها أوسع من طرق ثبوت الدماء ، لأنها تثبت بالشاهد واليمين ، والرجل والمرأتين والنكول مع الرد وبدونه وغير ذلك من الطرق ، واذا حكمنا بالعمامة لمن هو مكشوف الرأس وأمامه رجل عليه عمامة وبيده عمامة أخرى وهو هارب فانما ذلك باللوث الظاهر القائم مقام الشاهدين وأقوى منهما • على أن اللوث علامة ظاهرة لصدق المدعى ، وقد اعتبرها الشارع فى اللقطة وفى النسب وفى استحقاق السلب اذا ادعى اثنان قتل الكافر وكان أثر الدم فى سيف أحدهما أدل منه فى سيف الآخر • وعلى هذا فاذا ادعى عليه سرقة ماله فأنكر وحلف له ثم ظهر معه المسروق حلف المدعى وكانت يمينه أولى من يمين المدعى عليه وكان حكمه حكم استحقاق الدم فى القسامة • وعلى هذا فلو طلب من الحاكم أن يضربه أو يحبسه حتى يحضر باقى المسروق فله ذلك كما عاقب النبى صلى الله عليه وسلم حيى بن أخطب حتى أحضر كنز ابن أبى الحقيق •

فـــرع اذا أقام المدعى عليه بينة أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما لأن الشهادة اذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية • ولا يقبل الجرح من الخصم بلا خلاف •

فصـــل فى استئناف الدعوى

له تعلق بالباب : اذا قال أبرأتك من هذه اليمين سقط حقه منها فى هذه الدعوى • وله أن يستأنف الدعوى لأن حقه لا يسقط بالابراء من اليمين • فان استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التى أبرأه فيها من اليمين ، فان حلف سقطت الدعوى ولم يكن للمدعى أن يحلفه يمينا أخرى لا فى هذا المجلس ولا فى غيره ، وان كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحدة جاز وسقطت دعواهم باليمين لأنها

حقهم ولأنه لما جاز ثبوت الحق ببينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة ، وفى وجه آخر لأصحابنا : لا يصح حتى يحلف لكل واحد يمينا وهو احتمال للقاضى أبى بكر من الحنابلة والوجه الأول هو ظاهر المذهب عندهم • ودليل هذا الوجه أن اليمين حجة فى حق الواحد فاذا رضى بها اثنان صارت الحجة فى حق كل واحد منهما ناقصة والحجة الناقصة لا تكمل برضى الخصم كما لو رضى أن يحكم عليه بشاهد واحد • ودليل الوجه الأول أن الحق لهما فاذا رضيا به جاز ولا يلزم من رضاهما بيمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين كما أن الحقوق اذا قامت بينة واحدة لا يكون لكل حق بعض البينة فأما ان حلفه لجميعهم يمينا واحدة بغير رضاهم لم تصح يمينه بلا خلاف نعلمه •

وقد حكى الاصطخرى أن اسماعيل بن اسحق القاضى حلف رجلا بحق لرجلين يمينا واحدة فخطأه أهل عصره •

فـــرع . اذا قال المدعى : لى بينة مائبة قال له الحاكم : لك يمينه فان شئت فاستحلفه وان شئت أخرته الى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبته بكفيل ولا ملازمته حتى تحضر البينة لقوله صلى الله عليه وسلم « شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك » فان أحلفه ثم حضرت البينة بطلت اليمين وتبين كذبها وهو المنصوص من مذهب أحمد وان قال لى بينة حاضرة وأريد يمينه ثم أقيم بينتى لم يملك ذلك • وقال أبو يوسف : يستحلفه وان نكل قضى عليه لأن فى الاستحلاف فائدة وهو أنه ربما نكل فقضى عليه فأغنى عن البينة •

دليلنا الحديث (شاهداك أو يمينه) وأو للتخيير بين شيئين فلا يكون له الجمع بينهما ولأنه أمكن الخصوم فصل الخصومة بالبينة فلم يشرع غيرها مع ارادة المدعى اقامتها وحضورها كما لو يطلب يمينه ولأن اليمين بدل فلم يشرع غيرها مع ارادة المدعى اقامتها وحضورها كما لو لم يطلب يمينه ، ولأن اليمين بدل فلم يجب الجمع بينها وبين مبدلها كسائر الأبدال مع بدلاتها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وإذا علم القاضي عدالة الشاهد أو فسقه عمل بعلمه في قبوله ورده وإن علم حال المحكوم فيه نظرت فإن كان ذلك في حق الآدمي ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه لقوله عليه السلام للحضرمي ((شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك)) ولأنه لو كان علمه كشهادة اثنين لانعقد النكاح به وحده (والثاني) وهو الصحيح وهو اختيار المزني رحمه الله أنه يجوز أن يحكم بعلمه لما روى أبو سعيد الخدري ((أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق إذا رآه أو علمه أو سمعه)) ولأنه إذا جاز أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى وإن كان ذلك في حق الله تعالى ففيه طريقان (أحدهما) وهو قول أبي العباس وأبي علي ابن أبي هريرة أنها على قولين كحقوق الآدميين (والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه قولا واحدا لما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال ((لو رأيت رجلا على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي)) ولأنه مندوب إلى ستره ودرئه والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ((هلا سترته بثوبك يا هزال ؟)) فلم يجز الحكم فيه بعلمه .

فصـــل وإن سكت المدعى عليه ولم يقر ولم ينكر قال له الحاكم : إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا . والمستحب أن يقول له ذلك ثلاثا فإن لم يجب جعله ناكلا وحلف المدعي وقضى له لأنه لا يخلو إذا أجاب من أن يقر أو ينكر فإن أقر فقد قضي عليه بما يجب على المقر وإن أنكر فقد وصل إنكاره بالنكول عن اليمين فقضينا عليه بما يجب على المنكر إذا نكل عن اليمين .

فصـــل وإذا تحاكم إلى الحاكم أعجمي لا يعرف لسانه لم يقبل في الترجمة إلا عدلين لأنه إثبات قول يقف الحكم عليه فلم يقبل إلا من عدلين كالإقرار ، وإن كان الحق مما يثبت بالشاهد والمرأتين قبل ذلك في الترجمة ، وإن كان مما لا يقبل فيه إلا ذكرين لم يقبل في الترجمة إلا ذكرين ، فإن كان إقرارا بالزنا ففيه قولان (أحدهما) أنه يثبت بشاهدين (والثاني) أنه لا يثبت إلا بأربعة .

فصـــل وإن حضر رجل عند القاضي وادعى على غائب عن البلد أو على حاضر في البلد استتر وتعذر إحضاره فإن لم يكن معه بينة لم يسمع دعواه لأن استماعها لا يفيد وإن كانت معه بينة سمع دعواه وسمعت بينته لأنا لو لم نسمع جعلت الغيبة والاستتار طريقا إلى إسقاط الحقوق التي

نصب الحاكم لحفظها ولا يحكم عليه الا ان يحلف المدعى انه لم يبرىء من الحق لأنه يجوز ان يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة ابراء او قضاء او حوالة ولهذا لو حضر من عليه الحق وادعى البراءة بشيء من ذلك سمعت دعواه وحلف عليه المدعى فاذا تعذر حضوره وجب على الحاكم ان يحتاط له ويحلف عليه المدعى وان ادعى على حاضر فى البلد يمكن احضاره ففيه وجهان (احدهما) انه تسمع الدعوى ، والبينة ويقضى بها بعد ما يحلف المدعى لأنه غائب عن مجلس الحكم فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد والمستتر فى البلد (والثانى) انه لا يجوز سماع البينة عليه ولا الحكم وهو المذهب لأنه يمكن سؤاله فلا يجوز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر فى مجلس الحكم ، وان ادعى على ميت سمعت البينة وقضى عليه فان كان له وارث كان احلاف المدعى اليه وان لم يكن له وارث فعلى الحاكم ان يحلفه ثم يقضى له وان كان على صبى سمعت البينة وقضى عليه بعد ما يحلف المدعى لأنه تعذر الرجوع الى جوابه فقضى عليه مع يمين المدعى كالغائب والمستتر ، وان حكم على الغائب ثم قدم او على الصبى ثم بلغ كان على حجته فى القدح فى البينة والمعارضة ببينة يقيمها على القضاء او الابراء) .

الشرح حديث أبى سعيد الخدرى أورده فى مجمع الزوائد هكذا « لا يمنعن أحدكم رهبة الناس أن يقول بحق اذا رآه ويذكر بعظيم فانه لا يقرب من أجل ولا يباعد من رزق » — قلت روى الترمذى وابن ماجه طرفا منه — رواه الطبرانى فى الأوسط ورجاله رجال الصحيح غير شيخ الطبرانى وحديث « هلا سترته بثوبك يا هزال » مضى فى الحدود .

اما اللغات فالترجمة هى تفسير الكلام بلسان آخر ومنه الترجمان والجمع تراجم مثل زعفران وزعافر والترجمان بفتح التاء وضمها وفتح الجيم وضمها تبعا للتاء فى الضم والفتح وفى حديث هرقل قال لترجمانه وهو الذى ينقل الكلام من لغة الى لغة أخرى والتاء والنون زائدتان .

اما الاحكام عقد أبو داود بابا ترجمه هكذا « باب اذا علم الحاكم بصدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به » ثم ذكر حديث خزيمة بن ثابت قال الشافعى : وذكر عمران بن حدير عن أبى مجلز قال : قضى زرارة ابن أوفى رحمه الله بشهادتى وحدى . وقال شعبة عن أبى قيس وعن أبى اسحاق أن شريحا أجاز شهادة كل واحد منهما وحده . وقال الأعمش عن

أبى اسحاق : أجاز شريح شهادتى وحدى . وقال أبو قيس : شهدت عند شريح على مصحف فأجاز شهادتى وحدى .

وقد اختلف فى حكم القاضى بعلمه فعند أصحابنا لهم طريقان (أحدهما) يقضى بعلمه (والثانى) أنها على قولين أظهرهما عند أكثر أصحابنا يقضى به ، لأنه يقضى بشاهدين وذلك يفيد ظنا ، فالعلم أولى بالجواز . ووجه هذا أنه لما ملك الانشاء ملك الاخبار . ثم بنى الأصحاب على القولين ما علمه فى زمن ولايته ومكانها وما علمه فى غيرها ، قالوا : فان قلنا : لا يقضى بعلمه فذلك اذا كان مستنده مجرد العلم ، أما اذا شهد رجلان يعرف عدالتهما فله أن يقضى ويغنيه علمه بهما عن تزكيتهما ، وفيه وجه ضعيف أنه لا يغنيه ذلك عن تزكيتهما للتهمة .

ولو أقر المدعى به فى مجلس قضائه قضى وذلك قضاء الاقرار لا بعلمه وان أقر عنده سرا فعلى القولين وقيل : يقضى قطعا ، ولو شهد عنده واحد فهل يغنيه علمه عن الشاهد الآخر ؟ على قول المنع فيه وجهان .

فـــرع فى مذاهب العلماء فى حكم القاضى بعلمه [1] فى العدالة الشهود وفى موضوع الدعوى :

قد ذكرنا مذهبنا آنفا وأما مذهب أحمد ففيه ثلاث روايات (احداها) وهى الرواية المشهورة عنه المتصورة عند أصحابه أنه لا يحكم بعلمه لأجل التهمة (والثانية) يجوز له ذلك مطلقا فى الحدود وغيرها (والثالثة) يجوز الا فى الحدود ولا خلاف عنه أنه يبنى على علمه فى عدالة الشهود وجرحهم ولا يجب عليه أن يسأل غيره عما علمه من ذلك . وأما مذهب مالك فانه

---

(١) تضمنت الموسوعة الجنائية جـ ١ ص ٢٦٠ انه لا يحق للقاضى ان يحكم بعلمه وجاء فى الوسيط للدكتور السنهورى : لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه لان علمه يكون دليلا فيحق للخصوم مناقشته وهذا لا يجوز ، ولكن هــذا لا يمنع ان يستعين به فيما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصا به ا . هـ . جـ ٢ ص ٣٣ .

لا يقضى بعلمه فى المدعى به بحال سواء علمه قبل التولية أو بعدها فى مجلس قضائه أو غيره قبل الشروع فى المحاكمة أو بعد الشروع • وخالفه صاحباه عبد الملك بن الماجشون وسحنون فقالا : يحكم بعلمه فيما علمه بعد الشروع فى المحاكمة •

فاذا حكم بعلمه ــ حيث قلنا لا يحكم ــ فقال أبو الحسن اللخمى : لا ينقض عن بعض أصحابنا وعندى أنه ينقض • ولا خلاف عندكم فى أن ما رآه القاضى أو سمعه فى غير مجلس قضائه أنه لا يحكم به ، وأنه ينقض ان حكم به وينقضه هو وغيره ، وانما الخلاف فيما يتقارر به الخصمان فى مجلسه ، فان حكم به نقضه هو ولا ينقضه غيره • قال اللخمى : وقد اختلف اذا أقر بعد أن جلسا للخصومة ثم أنكر فقال مالك وابن القاسم : لا يحكم بعلمه وقال ابن الماجشون وسحنون : يحكم لأن الخصمين اذا جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه ولذلك قصداه •

أما مذهب أبى حنيفة فقالوا : اذا علم الحاكم بشىء من حقوق العباد فى زمن ولايته ومحلها جاز له أن يقضى به لأن علمه كشهادة الشاهدين ، بل أولى لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعاينة أو السماع والحاصل بالشهادة غلبة الظن وأما علمه قبل ولايته أو فى غير محل ولايته فلا يقضى به عند أبى حنيفة ويقضى به عند الصاحبين كما فى حال ولايته ومحلها • قال المؤيدون لأبى حنيفة : هو فى غير مصره وغير ولايته شاهد لا حاكم وشهادة الفرد لا تقبل •

وأما الحدود فلا يقضى بعلمه فيها لأنه خصم ولأنه حق لله تعالى وهو نائبه الا فى حدود القذف فانه يعمل بعلمه لما فيه من حق العبد والا فى السكر فانه اذا وجد سكرانا أو به أمارات السكر فانه يعزر •

وأما أهل الظاهر فقال أبو محمد بن حزم : وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه فى الدماء والأموال والقصاص والفروج والحدود سواء علم قبل ولايته أو بعدها قال : وأقوى ما حكم بعلمه ثم بالاقرار ثم بالبينة •

فـــرع اذا سأل المدعي المدعى عليه حقه فسكت عن جواب الدعوى فلم يقر ولم ينكر قال له الحاكم ان أجبت والا جعلتك ناكلا وحكمت عليك ويكرر ذلك عليه ، فان أجاب والا جعله ناكلا وحكم عليه بأنه ناكل عما توجه عليه الجواب فيه فيحكم عليه بالنكول • وبهذا قال أبو الخطاب عن أصحاب أحمد • وقال ابن قدامة : اذا سأله المدعي فسكت عن الجواب فلم يقر ولم ينكر حبسه الحاكم حتى يجيب ولا يجعله بذلك ناكلا ذكره القاضي في المجرد أ هـ •

فـــرع اذا تحاكم الى القاضي العربي أعجميان لا يعرف لسانهما أو أعجمي وعربي فلابد من مترجم عنهما ، ولا تقبل الترجمة الا من عدلين وبهذا قال أحمد في احدى روايتيه (والثانية) أنها تقبل من واحد وهو اختيار عمر بن عبد العزيز وابن المنذر وهو قول أبي حنيفة • وقال ابن المنذر في حديث زيد بن ثابت « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب اليهود قال : فكنت أكتب له اذا كتب اليهم واقرأ له اذا كتبوا » ولأنه مما لا يفتقر الى لفظ الشهادة فأجزأه فيه الواحد كأخبار الديانات •

دليلنا : أنه نقل ما خفي على الحاكم اليه مما يتعلق بالمتخاصمين فوجب فيه العدد كالشهادة ويفارق أخبار الديانات لأنها لا تتعلق بالمتخاصمين ، ولا نسلم أنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، ولأن ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كعدمه فاذا ترجم له كان كنقل الاقرار اليه من غير مجلسه ، فلا يقبل ذلك الا من شاهدين كذا ههنا فعلى هذا تكون الترجمة شهادة تفتقر الى العدد والعدالة ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر في الشهادة على الاقرار بذلك الحق ، فان كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ولم يكف الا شاهدان ذكران ، وان كان مما لا يتعلق بها كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ولم تعتبر الحرية فيه ، وان كان في حد زنا خرج في الترجمة : فيه قولان (أحدهما) يكفي فيه اثنان بناء على الحكم في الشهادة على الاقرار به (والثاني) لا يكفي فيه أقل من أربعة رجال أحرار عدول وهذان القولان

هما وجهان عند الحنابلة ، وعندهم رواية أنه يكفى واحد عدل ، ولا تقبل من كافر ولا فاسق وتقبل من العدل لأنه من أهل الشـهادة والرواية وقال أبو حنيفة لا تقبل من العبد لأنه ليس من أهل الشهادة ودليل القائلين بكفاية الواحد ولو كان عبداً أن الترجمة خبر يكفى فيه قول الواحـد فيقبل فيـه خبر العبد كأخبار الديانات ولا نسلم أن هـذا شهادة ولا يعتبر فيـه لفظ الشهادة كالرواية وعلى هذا الأصل ينبغى أن تقبل فيه ترجمة المرأة اذا كانت من أهل العدالة لأن روايتها مقبولة •

فـــرع اذا ادعى حقـا على غائب فى بلد آخر أو على حاضر مستتر وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه فعلى الحاكم اجابته اذا كملت الشرائط ، وبهذا قال مالك والأوزاعى والليث وسوار وأبو عبـد الله واسحاق وابن المنذر وعن أحمـد روايتان احداهما هـذه والأخرى : لا يقضى على الغائب وهو قول شريح وبه قال ابن أبى ليلى وأبو حنيفـة والثورى والقاسم والشعبى الا أن أبا حنيفة قال : اذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه • واحتج هؤلاء بما روى أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال لعلى : « اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدرى كيف تقضى » قال على : فما زلت قاضيها بعد • قال أبو عيسى • هذا حديث حسن وأخرجه أبو داود فى الأقضـية وأخرجه ابن ماجه فى الأحكام • ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده فلم يجز كما لو كان الآخر فى البلد ولأنه يجوز أن يكون للغـائب ما يبطل البينـة ويقدح فيها فلم يجز الحكم عليه •

دليلنا أن هندا قالت : « يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولده • قال : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » رواه الشيخان فقضى لها ولم يكن حاضرا ، ولأن هذا له بينة مسموعة عادلة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضرا وقد وافقنا أبو حنيفة فى سماع البينة ولأن ما تأخر عن سؤال المدعى اذا كان حاضرا تقـدم عليه اذا كان غائبـا كسماع البينة • وأما الحديث فنقول به اذا تقاضى اليه رجلان لم يجز الحكم

قبل سماع كلامهما ، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ويفارق الحاضر الغائب فان البينة لا تسمع علي حاضر الا بحضرته والغائب بخلافه • وهذا كله مما أفاده ابن قدامة فى المغنى •

قال : وقد ناقض أبو حنيفة أصله فقال : اذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجا غائبا وله مال فى يد رجل وتحتاج الى النفقة فاعترف لها بذلك فان الحاكم يقضى عليه بالنفقة ، ولو ادعى رجل على حاضر أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة وأقام بينة بذلك حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة ، ولو مات المدعى عليه فحضر بعض ورثته أو حضر وكيل الغائب وأقام المدعى بينة بذلك حكم له بما ادعاه •

اذا ثبت هذا فانه ان قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره فان خرج الشهود لم يحكم عليه ، وان استنظر الحاكم أجله ثلاثا فان جرحهم والا حكم عليه ، وان ادعى القضاء أو الابراء فكانت له بينة برىء والا حلف المدعى وحكم له ، وان قدم بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم وان جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقا لم يبطل الحكم ولم يقبله الحاكم ، لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم فلا يقدح فيه ، وان طلب التأجيل أجل ثلاثا فان جرحهم والا نفذ الحكم ، وان ادعى القضاء أو الابراء فكانت له به بينة والا حلف الآخر ونفذ الحكم •

فـــرع لا يقضى على الغائب الا فى حقوق الآدميين فأما فى الحدود التى لله تعالى فلا يقضى بها عليه لأن مبناها على المساهلة والاسقاط ، فان قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع •

فـــرع اذا أقام بينة على غائب استحلف معها لأنه يجوز أن يكون قد استوفى ما قامت به البينة ولو كان حاضرا فادعى ذلك لوجبت اليمين فاذا تعذر ذلك منه لغيبته أو عدم تكليفه وجب أن يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه ، ولأن الحاكم مأمور بالاحتياط فى حق الصبى والمجنون والغائب لأن كل واحد منهم لا يبين عن نفسه وهذا اخذى

الروايتين عن أحمد والثانية : اذا قامت البينة على غائب أو غير مكلف لم يستحلف المدعى مع بينة لحديث « البينـــة على المدعى واليمين على المدعى عليه » رواه الترمذى وغيره ، ولأنها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كمـــا لو كانت على حاضر •

فـــرع الحاضر فى البلد أو قريب منه اذا استتر ولم يحضر فانه يقضى عليه فى غيبته لأنه أشبه الغائب عن البلد • وقال أحمـــد وأصحابه : لا يقضى عليه قبل حضـــوره وبه قال مالك وقول أبى حنيفـــة معروف فى الغائب مطلقا •

مســـألة قالها صاحب المغنى من الحنابلة :

ظاهر كلام الخرقى أنه اذا قضى على الغائب بعين سلمت الى المدعى وان قضى عليه بدين ووجد له مال وفى منه فانه قال فى رواية حرب فى رجل أقام بينة أن له سهما من ضيعة فى أيدى قوم فتواروا عنه يقسم عليهم شهدوا أو غابوا ويدفع الى هذا حقه لأنه يثبت حقـــه بالبينة فيسلم اليه كما لو كان خصمه حاضرا ، ويحتمل ألا يدفع اليه شىء حتى يقيم كفيلا أنه متى حضر خصمه وأبطل دعواه فعليه ضمان ما أخذه لئلا يدعى الحاكم ما حكم له به ثم يأتى خصمه فيبطل حجته أو يقيم بينة بالقضاء و لابراء أو يملك العين التى قامت بها البينة بعد ذهاب المدعى وغيبته أو موته فيضيع مال المدعى عليه • وظاهر كلام أحمد الأول ، فانه قال فى رجل عنده دابة فقـــال : هى عندى وديعة اذا أقيمت البينة أنها له تدفع الى الذى أقام البينة حتى يجىء صاحب الوديعة فيثبت •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز للقاضى ان يكتب الى القاضى فيما عنده ليحكم به ويجوز أن يكتب اليه فيمـــا حكم به لينفذه لـــما روى الضحاك بن قيس قال « كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أورث امراة اشيم الضبابى من دية زوجها » ولأن الحاجة تدعو الى كتاب القاضى الى القاضى فيما ثبت عنده

ليحكم به لينفذه ، فان كان الكتاب فيما حكم به جاز قبول ذلك في المسافة القريبة والبعيدة لأن ما حكم به يلزم كل احد امضاؤه ، وان كان فيما ثبت عنده لم يجز قبوله اذا كان بينهما مسافة لا تقصر فيها الصلاة لأن القاضي الكاتب فيما حمل شهود الكتاب كشاهد الأصل والشهود الذين يشهدون بما في الكتاب كشهود الفرع وشاهد الفرع لا يقبل مع قرب شاهد الأصل.

فصـــل ولا يقبل الكتاب الا ان يشهد به شاهدان وقال ابو ثور يقبل من غير شهادة لأن النبي صلى الله عليه وسلم « كان يكتب ويعمل بكتبه من غير شهادة » وقال أبو سعيد الاصطخري : اذا عرف المكتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله ، وهـذا خطأ لأن الخط والختم يشبه الختم ، فلا يؤمن ان يزور على الخط والختم . واذا اراد انفاذ الكتاب احضر شاهدين ويقرأ الكتاب عليهما او يقرأ غيره وهو يسمعه . والمستحب ان ينظر الشاهدان في الكتاب حتى لا يحـذف منه شيء ، وان لم ينظرا جاز لأنهما يؤديان ما سمعا ، واذا وصلا الى القاضي المكتوب اليه قرآ الكتاب عليه وقالا : نشهد ان هذا الكتاب كتاب فلان اليه وسمعناه واشهدنا انه كتب اليك بما فيه ، وان لم يقرآ الكتاب ولكنهما سلماه اليه وقالا نشهد انه كتب اليك بهذا لم يجز لأنه ربما زور الكتاب عليهما . وان انكسر ختم الكتـاب لم يضر لأن المعول على ما فيه وان امحى بعضه فان كانا يحفظان ما فيه او معهما نسـخة اخرى لم يشهدا لأنهما لا يعلمان ما امحى منه .

فصـــل وان مات القاضي الكاتب أو عزل جاز للمكتوب اليه قبول الكتاب والعمل به لأنه ان كان الكتاب بما حكم به وجب على كل من بلغه أن ينفذه في كل حال ، وان كان الكتاب بما ثبت عنده فالكتاب كشاهد الأصـل وشهود الكتاب كشاهد الفرع وموت شاهد الأصل لا يمنع من قبول شـهادة شهود الفرع ، وان فسق الكاتب ثم وصل كتابه فان كان ذلك فيما حكم به لم يؤثر فسقه لأن الحكم لا يبطل بالفسق الحادث بعده وان كان فيما ثبت عنده لم يجز الحكم به لأنه كشاهد الاصل وشاهد الاصل اذا فسق قبل الحكم لم يحكم بشهادة شاهد الفرع ، وان مات القاضي المكتوب اليه او عزل أو ولي غيره قبل الكتاب لأن المعول على ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه ومن تحمـل شهادة وجب على كل قاض أن يحكم بشهادته .

فصـــل فان وصل الكتاب الى المكتوب اليه فحضر الخصم وقال لست فلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل انه لا مطالبة عليه ، فان أقام المدعي بينة انه فلان بن فلان فقال انا فلان ابن فلان الا اني غير المحكوم عليه لم يقبل قوله الا ان يقيم البينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به

لأن الأصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة . وان اقام بينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به توقف عن الحكم حتى يعرف من المحكوم عليه منهما . واذا حكم المكتوب اليه على المدعى عليه بالحق فقال المحكوم عليه اكتب الى الحاكم الكاتب انك حكمت على حتى لا يدعى على ثانيا ففيه وجهان (احدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله انه يلزمه لأنه لا يأمن ان يدعى ثانيا ويقيم عليه البينة فتقضي عليه ثانيا (والثاني) انه لا يلزمه لأن الحاكم انما يكتب ما حكم به أو ثبت عنده والكاتب هو الذى حكم او ثبت عنده دون المكتوب اليه) .

الشرح حديث الضحاك بن قيس أخرجه أبو داود فى الفرائض عن أحمد بن صالح وأخرجه الترمذى فى الفرائض أيضا عنه وعن قتيبة وأحمد بن منيع وغير واحد وفى الديات عن قتيبة وأبى عمار الحسين بن حريث وغير واحد وأخرجه ابن ماجه فى الديات عن أبى بكر بن أبى شيبة وأخرجه مالك فى الموطأ فى العقول عن ابن شهاب الزهرى ، وأخرجه أحمد فى المسند عن سعيد بن المسيب « أن عمر قال : الدية للعاقلة لا ترث المرأة من دية زوجها حتى أخبره الضحاك بن سفيان الكلابى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى أن أورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها » وأخرجه أيضا الشافعى وعبد الرزاق والبيهقى وهو منقطع . قال البيهقى : ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال الحافظ ابن حجر : وكذا أخرجه النسائى من وجه آخر عن عمر وقال : انه خطأ قال الشيخ شمس الحق العظيم آبادى فى عون المعبود : قال الخطابى : وانما كان عمر يذهب فى قوله الأول الى ظاهر القياس وذلك أن المقتول لا تجب ديته الا بعد موته واذا مات بطل ملكه فلما بلغته السنة ترك الرأى وصار الى السنة .

أما اللغات فقوله (ختم الكتاب) تقول وضع الخاتم على الطعام والخاتم وهو الطابع ، وما ختامك طينة أم شمعة ؟ وختم على الكتاب أو ختم الكتاب أى جعل عليه شيئا من شمع أو ما شاكله ويعلم عليه بعلامة وأصله عند العرب ختم وعاء الخمر بالطين . قال الأعشى فى يهودى يطوف بالخمر على الشاربين .

وصهباء يطاوف يهوديا   وأبرزها وعليهـــا ختم

ومن المجاز لبس الخاتم بفتح التاء وكسرها وختم القرآن وكل عمل اذا أتمه وفرغ منه ، لأن التحميد مفتتح القرآن والاستعاذة مختتمه ، وقد افتتح عمل كذا واختتمه ، وختم الله على سمعه وقلبه ، ويقال للنحل اذا ملأ شورته عسلا : قد ختم ◆ وختامه مسك أى عاقبته ريح المسك وهذه خاتمة السورة وكل أمر ، وزفت اليه بخاتم ربها وخاتمها وختامها ◆ والضبابى بكسر الضاد نسبة الى حصن بالكوفة ◆ أما الضحاك بن قيس بن خالد الأكبر بن وهب بن ثعلبة بن وائلة بن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهر ابن مالك بن النضر القرشي الفهرى يكنى أبا أنيس وقيل أبو عبد الرحمن وأمه أميمة بنت ربيعة الكنانية وأخته فاطمة بنت قيس كان أصغر منهـا قيل : انه ولد قبل وفاة النبى صلى الله عليه وسلم بسبع سنين أو نحوها قال ابن الأثير : قيل : انه لا صحبة له ولا يصح سماعه من النبى صلى الله عليه وسلم ◆ وكان على شرطة معاوية وله فى الحروب معه بلاء عظيم وسيره معاوية على جيش فعبر على جسر منبج وصار الى الرقة ، وأغار منها على سواد العراق وأقام بهيت ثم عاد ثم استعمله معاوية على الكوفة بعد زياد سنة ثلاث وخمسين وعزله سنة سبع وخمسين ◆

ولما توفى معاوية صلى الضحاك عليه ، وضبط البلد حتى قدم يزيد بن معاوية فكان مع يزيد وابنه معاوية الى أن ماتا فبايع الضحاك بدمشق لعبد الله بن الزبير وغلب مروان بن الحكم على بعض الشام فقاتله الضحاك بمرج راهط عند دمشق فقتل الضحاك بالمرج وقتل معه كثير من قيس عيلان وكان قتله منتصف ذى الحجة سنة أربع وستين وقد روى عنه الحسن البصرى وتميم بن طرفة ومحمد بن سويد الفهرى وسماك وميمون بن مهران وقد أخرج ابن الأثير وغيره أن الضحاك بن قيس كتب الى قيس بن الهيثم حين مات يزيد بن معاوية :

« سلام عليك ، أما بعد ، فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان بين يدى الساعة فتنا كقطع الليل المظلم ، فتنا كقطع الدخان يموت

فيها قلب الرجل كما يموت بدنه يصبح الرجل مؤمنا ويمسى كافرا ويمسى مؤمنا ويصبح كافرا يبيع أقوام دينهم بعرض من الدنيا قليل وان يزيد بن معاوية قد مات وأنتم أشقاؤنا واخواننا فلا تسبقونا حتى نختار لأنفسنا » •

أما الأحكام فان الأصل فى كتاب القاضى الى القاضى والأمير الى الأمير الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى : « قالت يا أيها الملأ انى ألقى الى كتاب كريم انه من سليمان وانه بسم الله الرحمن الرحيم ، ألا تعلوا على وأتونى مسلمين » وأما السنة فان النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى كسرى وقيصر والنجاشي وأصحاب هجر والبحرين وأمراء اليمن والمقوقس وغيرهم وكان يكتب الى عماله وسعاته وكما جاء فى حديث الفصل أن الرسول صلى الله عليه وسلم كتب الى الضحاك بن قيس أن يورث امرأه أشيم الضبابى • وأجمعت الأمة على كتاب القاضى الى القاضى ، ولأن الحاجة الى قبوله داعية لمن له حق فى بلد غير بلده ولا يمكنه اتيانه ولا المطالبة به •

اذا ثبت هذا فان كتاب القاضى يقبل فى الأموال وما يقصد به من المال وكل حق للادمى من الجراح وغيرها وهل يقبل فى الحدود كحق لله تعالى ؟ فيه قولان ، وعند الحنابلة وجهان وكذلك أصحاب الرأى •

فاذا كتب الحاكم بثبوت بينة أو اقرار بدين جاز وحكم به المكتوب اليه وأخذ المحكوم عليه به وان كان ذلك عينا كعقار محدود أو عين مشهودة لا تشتبه بغيرها حكم به المكتوب اليه وألزم تسليمه الى المحكوم به ، وان كان عينا لا تتميز الا بالصفة ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل كتابه وهو قول أبى حنيفة وأحد الوجهين عند أصحاب أحمد (والثانى) يجوز لأنه ثبت فى الذمة بالعقد على هذه الصفة فأشبه الدين ويخالف المشهود له فانه لا حاجة الى ذلك فيه ، فان الشهادة له لا تثبت الا بعد دعواه ، ولأن المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية فكذلك المشهود به •

فــرع ولا يقبل الكتاب الا بشهادة عدلين يقولان قرأه علينا

أو قرئ عليه بحضرتنا فقال : اشهدا على أنه كتــابى • وجملة ذلك أنه يشترط لقبول كتاب القاضى شروط ثلاثة (أحدها) أن يشهد به شاهدان عدلان ولا يكفى معرفة المكتوب اليه خط الكاتب وختمه ولا يجوز قبوله بذلك قال ابن قدامة : وهو قول أئمة الفتوى قال :

وحكى عن الحسن وسوار والعنبرى أنهم قالوا : اذا كان يعرف خطــه وختمه قبله ، وهو قول أبى ثور والاصطعرى ، قال : ويتخرج لنـــا ــ أى الحنابلة ــ مثله على قوله (أى الامام أحمد) فى الوصية اذا وجدت بخطه لأن ذلك تحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين •

ولنا أن ما أمكن اثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظـــاهر كاثبات العقود ، ولأن الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ، ويمكن الرجوع الى الشهادة فلم يعول على الخط ، كالشاهد لا يعول فى الشـــهادة على الخط عند الالتباس ويقبل الكتاب من قاضى مصر الى قاضى مصر والى قاضى قرية ومن القاضى الى نائبه ومن نائبه اليه لأنه كتـــاب من قاض الى قاض ويجوز أن يكتب الى قاض معين والى من وصله كتابى من قضـــاة المسلمين وحكامهم من غير تعيين ، ويلزم من وصله قبوله ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور واستحسنه أبو يوسف وقال أبو حنيفة : لا يجوز أن يكتب الى غير معين • ولنا أنه كتاب من حاكم من ولايته وصل الى حاكم بهذه الصفة فلزمه قبوله كما لو كان الكتاب الى شخصه والمعول على شهادة الشاهدين على القاضى الكاتب بالحكم وذلك لا يقدح فيها ولو ضاع الكتاب أو محى سمعت شهادتهما وحكم بها •

فـــرع فى تغير حال القاضى : اذا تغير حال القاضى الكاتب أو القاضى المكتوب اليه أو حالهما فان كان الأول بأن مات أو عزل بعد كتـــابة الحكم وكان قد أشهد على نفسه لم يقدح ذلك العزل أو الموت فى صـــحة كتابه وكان على من وصله الكتاب قبوله والعمل به سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده أو بعده وبهذا قال أحمد وأصحابه وقال أبو حنيفة : لا يعمل به فى الحالين وقال أبو يوسف : ان مات قبل خروجه من يده لم

يعمل به وان مات بعد خروجه من يده عمل به لأن كتاب الحـاكم بمنزلة الشهادة على الشهادة لأنه ينقل شهادة شاهدى الأصل فاذا مات قبل وصول الكتاب صار بمنزلة موت شاهدى الفرع قبل أداء شهادتهما .

دليلنا أن المعول على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم فى ثبوت الكتاب وهما حيان فيجب أن يقبل كتابه كما لو لم يمت ، ولأن كتابه ان كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بموته وعزله ، وان كان فيما ثبت عنده بشهادة فهو أصل واللذان شهدا عليه فرع ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل . قال فى المغنى وما ذكره أبو حنيفة وأصحابه حجة عليهم لأن الحاكم قد أشهد على نفسه ، وانما يشهد عند المكتوب اليه شاهدان عليـه وهما حيان وهما شاهدا الفرع ، وليس موته مانعا من شهادتهما فلا يمنـع قبولها كموت شاهد الأصل .

فـــرع وان تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتـابه لم يجز الحكم به لأن حكمه بعد فسقه لا يصح فكذلك لا يجوز الحكم بكتـابه ولأن بقاء عدالة شاهدى الأصل شرط فى صحة الحكم بشاهدى الفـرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم لأنه بمنزلة شاهدى الأصل ، فان فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير كما لو حكم بشىء ثم بان فسقه فانه لا ينقض ما مضى من أحكامه كذا هنا . وأما اذ تغيرت حال المكتوب اليه بأى حال كان من موت أو عزل أو فسق فلمن وصل اليه الكتاب ممن قام مقـامه قبول الكتـاب والعمل به ، وبه قال الحسن . وقـد حكى عنه أن قاضى الكوفة كتب الى اياس بن معاوية قاضى البصرة كتابا فوصل وقد عزل وولى الحسن فعمل به وبهذا قال أحمد وأصحابه وهو ما أفاده ابن قدامة وعنه نقلناه .

وقال أبو حنيفة : لا يعمل به لأن كتاب القاضى بمنزلة الشـهادة على الشهادة عند المكتوب اليه ، وان شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره .

دليلنا أن المعول على شهادة الشاهدين بحكم الأول أو ثبوت الشـهادة

عنده وقد شهدا عند الثانى فوجب أن يقبل كالأول وقولهم انه شهادة عند الذى مات ليس بصحيح فان الحاكم الكاتب ليس بفرع ولو كان فرعا لم يقبل وحده وانما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه ، وقد أديا الشهادة عند المتجدد ، ولو ضاع الكتاب فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب اليه قبل فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب • وقياس ما ذكرناه أن الشاهدين لو حملا الكتاب الى غير المكتوب اليه فى حال حياته وشهدا عنده عمل به لما بيناه ، وان كان المكتوب اليه خليفته فمات الكاتب أو عزل لم ينعزل خليفته عند بعض أصحابنا كما لا ينعزل القاضى الأصلى بموت الامام ولا عزله ، وقال أحمد وأصحابه وبعض أصحابنا : ينعزل المكتوب اليه لأنه نائب عنه فينعزل بعزله وموته كوكلائه • ويفارق الامام لأن الامام يعقد القضاء والامارة للمسلمين فلم يبطل ما عقد لغيره كما لو مات الولى فى النكاح لم يبطل النكاح ، ولهذا ليس للامام أن يعزل القاضى من غير تغير حاله ، ولا ينعزل اذا عزله بخلاف نائب الحاكم فانه تنعقد ولايته لنفسه نائبا عنه فملك عزله ، ولأنه لو انعزل بموت الامام لدخل الضرر على المسلمين لأنه يفضى الى عزل القضاة فى جميع بلاد المسلمين فتتعطل الأحكام ، واذا ثبت أنه لا ينعزل فليس له قبول الكتاب لأنه حينئذ ليس بقاض •

فـرع اذا قال : أنا لست المسمى فى هذا الكتاب فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم المدعى بينة أنه المسمى فى الكتاب وان اعترف أن هذا الاسم اسمه والنسب نسبه والصفة صفته الا أن الحق ليس هو عليه انما هو على آخر يشاركه فى الاسم والنسب والصفة ، فالقول قول المدعى فى نفى ذلك ، لأن الظاهر عدم المشاركة فى هذا كله ، فان أقام المدعى عليه بينة بما ادعاه من وجود مشارك له فى هذا كله أحضره الحاكم وسأله عن الحق فان اعترف به ألزمه به وتخلص الأول ، وان أنكره وقف الحكم وكتب الى الحاكم الكاتب يعلمه الحال ، وما وقع من الاشكال حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنده بما يتميز به المشهود عليه منهما • وان ادعى المسمى أنه كان فى البلد من يشاركه فى الاسم والصفة ، وقد مات نظرنا فان كان

موته قبل وقوع المعاملة التى وقع الحكم بها أو كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه والمحكوم له لم يقع اشكال وكان وجوده كعدمه وان كان موته بعد الحكم أو بعد المعاملة أو كان ممن أمكن أن تجرى بينه وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الاشكال كما لو كان حيا لجواز أن يكون الحق على الذى مات .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا ثبت عند القاضي حق بالاقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الاقرار لزمه ذلك لأنه لا يؤمن أن ينكر المقر فلزمه الاشهاد ليكون حجة اذا انكر ، وان ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه لأنه لا حجة للمدعى غير الاشهاد ، وان ثبت عنده الحق بالبينة فسأل المدعى الاشهاد ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يجب لأن له بالحق بينة فلم يلزم للقاضي تجديد بينة اخرى (والثاني) انه يلزمه لأن فى اشهاده على نفسه تعديلا لبينته واثباتا لحقه والزاما لخصمه فان ادعى عليه حقا فانكره وحلف عليه وسأله الحالف أن يشهد على براءته لزمه ليكون حجة له فى سقوط الدعوى حتى لا يطالبه بالحق مرة اخرى ، وان سأله أن يكتب له محضرا فى هذه المسائل كلها وهو أن يكتب ما جرى وما ثبت به الحق فان لم يكن عنده قرطاس من بيت المال ولم يأته المحكوم له بقرطاس ــ لم يلزمه ان يكتب لأن عليه ان يكتب وليس عليه أن يغرم ، وان كان عنده قرطاس من بيت المال أو اتاه صاحب الحق بقرطاس فهل يلزمه أن يكتب المحضر ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمه لأنه وثيقة بالحق فلزمه كالاشهاد على نفسه (والثانى) انه لا يلزمه لأن الحق يثبت باليمين أو بالبينة دون المحضر وان سأله أن يسجل له وهو أن يذكر ما يكتبه فى المحضر ويشهد على انفاذه ويسجل له فهل يلزم ذلك ام لا ؟ على ما ذكرناه فى كتب المحضر . وما يكتب من المحاضر والسجلات يكتب فى نسختين احداهما تسلم الى المحكوم له والأخرى تكون فى ديوان الحكم . فان حضر عند القاضى رجلان لا يعرفهما وحكم بينهما ثم سأل المحكوم له كتب محضر أو سجل كتب : حضر الى رجلان قال احدهما انه فلان بن فلان وقال الآخر انه فلان ابن فلان ويحليهما ويذكر ما جرى بينهما ويشهد على ذلك .

فصل وان اجتمعت عنده محاضر وسجلات كتب على كل محضر اسم المتداعيين ويضم ما اجتمع منها فى كل شهر او فى كل سنة على قدر قلتها

وكثرتها وضم بعضها الى بعض ، ويكتب عليها محاضر شهر كذا وكذا من سنة كذا ليسهل عليه طلبته اذا احتاج اليه وان حضر رجلان عند القاضي فادعى أحدهما أن له في ديوان الحكم حجة على خصمه فوجدها فان كان حكما حكم به غيره لم يعمل به الا أن يشهد به شاهدان ان هذا حكم به فلان القاضي ، ولا يرجع في ذلك الى الخط والختم ، فانه يحتمل التزوير في الخط والختم وان كان حكما حكم هو به فان كان ذاكرا للحكم به عالما به عمل به وألزم الخصم حكمه ، وان كان غير ذاكر لم يعمل به لأنه يجوز ان يكون قد زور على خطه وختمه ، وان شهد اثنان عليه انه حكم به لم يرجع الى شهادتهما لأنه يشك في فعله فلا يرجع فيه الى قول غيره كما لو شك في فرض من فروض صلاته ، فان شهد الشاهدان على حكمه عند حاكم آخر انفذ ما شهدا به فان شهد شاهدان ان الأول توقف في شهادتهما لم يجز للثاني ان ينفذ الحكم الذي شهدا به ، لأن الشهود فرع للحاكم الاول فاذا توقف الاصل لم يجز الحكم بشهادة الفرع ، كما لو شهد شاهدان على شهادة شاهد الأصل ثم شهد شاهدان ان شاهد الأصل توقف في الشهادة .

فصل اذا اتضح الحكم للقاضي بين الخصمين فالمستحب ان يامرهما بالصلح فان لم يفعلا لم يجز ترداده‌ما لأن الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضا من له الحكم .

فصل اذا قال القاضي : حكمت لفلان بكذا قبل قوله لأنه يملك الحكم فقبل الأقرار به كالزوج لما ملك الطلاق قبل اقراره به ، وان عزل ثم قال : حكمت لفلان بكذا لم يقبل اقراره لأنه لا يملك الحكم فلم يملك الاقرار به وهل يكون شاهدا في ذلك ؟ فيه وجهان احدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري انه يكون شاهدا لأنه ليس فيه أكثر من أنه يشهد على فعل نفسه وذلك لا يوجب رد شهادته كما لو قالت امرأة أرضعت هذا الصبي والثاني وهو المذهب أنه لا يكون شاهدا لأن شهادته بالحكم تثبت لنفسه العدالة لان الحكم لا يكون الا من عدل فتلحقه التهمة في هذه الشهادة فلم تقبل ويخالف المرضعة لأن شهادتها بالرضاع لا تثبت عدالة لنفسها لأن الرضاع يصح من غير عدل ولأن المغلب في الرضاع فعل المرتضع ولهذا يصح به دونها والمغلب في الحكم فعل الحاكم فيكون شهادته على فعله فلم يقبل وبالله التوفيق) .

الشرح نعم اذا ترافع الى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه فقال المقر له للحاكم : أشهد لي على اقراره شاهدين لزمه ذلك ، لأن الحاكم لا يحكم بعلمه فربما جحد المقر فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه ، ولو كان يحكم

بعلمه احتمل أن ينسى فلا يمكنه الحكم باقراره • وان ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه أو بيمين المدعى بعد النكول فسأله المدعى أن يشهد على نفسه نزمه لأنه لا حجة للمدعى سوى الاشهاد ؛ وان ثبتت عنده بينة فسأله الاشهاد ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه لأن بالحق بينة فلا يجب جعل بينة أخرى (والثانى) يجب لأن فى الاشهاد فائدة جديدة وهى اثبات تعديل بينة والزام خصمه وان حلف المنكر وسأل الحاكم الاشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له فى سقوط المطالبة مرة أخرى ، وفى جميع ذلك اذا سأله أن يكتب له محضرا بما جرى ففيه أيضا وجهان (أحدهما) يلزمه ذلك لأنه وثيقة له فهو كالاشهاد لأن الشاهدين ربما نسيا الشهادة أو نسيا الخصمين فلا يذكرهما الا ما كتباه بخطهما أو صدقا عليه بتوقيعهما (والثانى) لا يلزمه لأن الاشهاد يكفيه ، لأن الشهود قد تكثر عليهم الشهادات ويطول عليهم الأمد فالظاهر أنهما لا يتحققان الشهادة تحققا يحصل به أداؤه فلا يتقيد الا بالكتاب ، فان اختار أن يكتب له محضرا كتبه ، وان كان الحاكم لا يعرف الخصمين قال : مدع ذكر أنه فلان ابن فلان الفلانى وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان ابن فلان الفلانى ويرفع فى نسبهما ويذكر حليتهما لأن الاعتماد عليها فربما استعار النسب ويذكر صفاته البدنية الظاهرة من الطول والقصر وباقى المميزات الأخرى التى تميزه ، وان ثبت أنه شهد على اقراره شاهدان كما أوكد •

فأما ان أنكر المدعى عليه وشهدت عليه بينة قال فى المحضر : فادعى كذا وكذا فأنكر فسأل الحاكم المدعى : ألك بينة ؟ فأحضرها وسأل الحاكم سماعها ففعل وسأله أن يكتب محضرا بما جرى فأجابه اليه وذلك فى وقت كذا ، ويحتاج هنا أن يكتب بمجلس حكمه وقضائه بخلاف الاقرار لأن البينة لا تسمع الا فى مجلس الحكم والاقرار بخلافه ، ويكتب الحاكم فى آخر المحضر شهدا عندى بذلك • فان كان مع المدعى كتاب فيه خط الشاهد كتب تحت خطوطهما أو تحت خط كل واحد منهما شهد عندى بذلك • ويكتب علامته فى رأس المحضر وان اقتصر على ذلك دون المحضر جاز •

فأما ان لم تكن للمدعى بينة فاستحلف المنكر ثم سأل المنكر الحاكم

محضرا لئلا يحلف فى ذلك ثانيا كتب له مثل ما تقدم الا أنه يقول : فأنكر فسأل الحاكم المدعى : ألك بينة ؟ فلم تكن له بينة فقال : لك يمينه فسأله أن يستحلفه فاستحلفه فى مجلس حكمه وقضائه فى وقت كذا وكذا ولابد من ذكر تحليفه لأن الاستحلاف لا يكون الا فى مجلس الحكم ويعلم فى أوله خاصة ، وان نكل المدعى عليه عن اليمين قال : فعرض اليمين على المدعى عليه فنكل عنها فسأل خصمه الحاكم أن يقضى عليه بالحق فقضى عليه فى وقت كذا ويعلم فى آخره ويذكر أن ذلك فى مجلس حكمه وقضائه ، فهذه صفة المحضر . فأما ان سأل صاحب الحق الحاكم أن يحكم له بما ثبت فى المحضر لزمه أن يحكم له به وينفذه فيقول : حكمت له به ، ألزمته الحق ، أنفذت الحكم به فان طالبه أن يشهد له على حكمه لزمه ذلك لتحصل له الوثيقة به فان طالبه أن يسجل له به وهو أن يكتب فى المحضر ويشهد على انفاذه سجل له وفى وجوب ذلك الوجهان المذكوران هكذا أفاده صاحب المغنى ومنه نقلته قال :

ويكتب الحاكم بالسجل والمحضر نسختين (احداهما) تكون فى يد صاحب الحق (والأخرى) تكون فى ديوان الحكم فان هلكت احداهما نابت الأخرى عنها ، ويختم الذى فى ديوان الحكم ويكتب على طيه (ملفه) سجل فلان ابن فلان أو محضر فلان ابن فلان فان كثر ما عنده جمع ما يجتمع فى كل يوم أو أسبوع أو شهر على قدر كثرتها وقلتها وشدها فى أضبارة ويكتب عليها أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم يضم ما يجتمع فى السنة ويدعها فى ناحية ويكتب عليها محفوظات سنة كذا حتى اذا حضر من يطلب شيئا منها سأل عن السنة فيخرج محاضر تلك السنة ، ويتولى جمعها وشدها بنفسه ، فان تولى ذلك ثقة من ثقاته جاز .

قال : وينبغى أن يجعل من بيت المال شىء برسم الأوراق التى يكتب فيها المحاضر والسجلات لأنه من المصالح فانه يحفظ به الوثائق ، ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ويرجع بالدرك على من رجع عليه فان أعوز ذلك لم يلزم الحاكم ذلك ويقول لصاحب الحق ان شئت جئت بأوراق الحجة التى أكتبها لك .

فاذا ارتفع اليه خصمان فذكر أحدهما أن حجته فى ديوان الحكم فأخرجها الحاكم من ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه وفيها حكمه فان ذكر ذلك حكم به وهو قول أبى حنيفة وأحمد ومحمد بن الحسن ؛ وعن أحمد رواية أنه يحكم به وبه قال ابن أبى ليلى . قال ابن قدامة : وهذا الذى رأيته عن أحمد فى الشهادة لأنه اذا كان فى قمطره تحت ختمه لم يحتمل أن يكون الا صحيحا . ووجه الأول أنه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز انفاذه الا ببينة كحكم غيره ، ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى ختمه والخط يشبه الخط .

فان قيل فلو وجد فى دفتر أبيه حقا على انسان جاز له أن يدعيه ويحلف عليه . قلنا : هذا يخالف الحكم والشهادة بدليل الاجماع على أنه لو وجد بخط أبيه شهادة لم يجز له أن يحكم بها ولا يشهد بها ولو وجد حكم أبيه مكتوبا بخطه لم يجز له انفاذه ولأنه يمكنه الرجوع فيما حكم به عليه الى نفسه لأنه فعل نفسه فروعى ذلك وأما ما كتبه أبوه فلا يمكنه الرجوع فيما حكم به الى نفسه فيكفى فيه الظن .

فــرع اذا ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لى بهذا الحق على خصمى فذكر الحاكم حكمه أمضاه والزم خصمه ما حكم به عليه وليس هذا حكما بالعلم وانما هو امضاء لحكمه السابق . وان لم يذكره فشهد عنده شاهدان على حكمه فانه لا يلزمه قبول شهادتهما أو الحكم بما يدليان به لأنه يمكنه الرجوع الى الاحاطة والعلم فلا يرجع الى الظن كالشاهد اذا نسى شهادته فشهد عنده اثنان أنه شهد لم يكن له أن يشهد ، وقال الحنابلة وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن : يلزمه قبول شهادتهما وامضاء القضاء . قال القاضى : وهو قياس قول أحمد لأنه قال : يرجع الامام الى قول اثنين فصاعدا من المأمومين ولأنهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل فكيف اذا شهدا عنده بحكم نفسه ؟ ولأنهما شهدا بحكم حاكم ، لأن ذكر ما نسيه ليس اليه ويخالف الشاهد لأن الحاكم يمضى ما حكم اذا ثبت عنده والشاهد لا يقدر على امضاء شهادته وانما يمضيها الحاكم .

فـــرع ومن استوفى الحق من المحكوم عليه فقـال للحاكم : اكتب لي محضرا بما جرى لئلا يلقاني خصمي في موضع آخر فيطالبني به مرة أخرى ففيه وجهان (أحدهما) تلزمه اجابته ليخلص من المحذور الذى يخافه (والثانى) لا تلزمه لأن الحاكم انما يكتب بما ثبت عنده أو حكم به فأما استئناف ابتداء فيكفيه الاشهاد فيطالبه أن يشهد على نفســه بقبض الحق لأن الحق ثبت عليه بالشهادة والأول أصح لأنه قد حكم عليه بهــذا الحق ويخاف الضرر بدون المحضر فأشبه ما حكم به ابتــداء ، وان طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذى ثبت به الحق لم يلزمه دفعه اليه لأنه ملكه فلا يجب عليه دفعه الى غيره وكذلك كل من له كتــاب بدين فاستوفاه أو عقار فباعه لا يلزمه دفع الكتاب لأنه ملكه ولأنه يجوز أن يخرج ما قبضــه مستحقا فيعود الى ما له فأما ان قال في ولايته : كنت حكمت لفلان بكذا قبل قوله ، سواء قال قضيت عليه بشاهدين عدلين أو قال : سمعت بينــة وعرفت عدالتهم ، أو قال : قضيت عليه بنكوله او قال : أقر عنــدى فلان لفلان بحق فحكمت به ، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وأبو يوسف وحكى عن محمد بن الحسن أنه لا يقبل حتى يشهد معه رجل عدل لأن فيه اخبارا بحق على غيره فلم يقبل قول واحد كالشهادة • دليلنا أنه يملك الحكم فملك الاقرار به كالزوج اذا أخبر بالطلاق والســيد اذا أخبر بالعتق ، ولأنه لو أخبر أنه رأى كذا وكذا فحكم به قبل كذا ههنــا وفارق الشــهادة فان الشاهد لا يملك اثبات ما أخبر به •

فأما ان قال : حكمت بعلمي أو بالنكول أو بشاهد ويمين في الأموال فانه لا يقبل قوله بالقضاء في النكول ، وينبني قوله حكمت عليه بعلمي على القولين في جواز القضاء بعلمه لأنه لا يملك الحكم بذلك فلا يملك الاقرار •

وقالت الحنابلة يقبل في كل ذلك في الأموال ، لأنه أخبر بحكمه فيما لو حكم به لنفذ حكمه ، فوجب قبوله كالصور التى تقدمت ، ولأنه حاكم أخبر بحكمه في ولايته فوجب قبوله كالذى سلمه ولأن الحاكم اذا حكم في مسألة يسوغ فيها الاجتهاد لم يسغ نقض حكمه ولزم غيره امضــاؤه والعمل به فصار بمنزلة الحاكم بالبينة العادلة قالوا : ولا نسلم ما ذكرتموه •

فـــرع سبق أن قلنا : انه اذا عزل فقال : كنت حكمت فى ولايتى لفلان على فلان بحق فانه لا يقبل الا بشهادة شاهدين سواء لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل وهو قول أكثر الفقهاء من الحنابلة ، لأن من لا يملك الحكم لا يملك الاقرار به كمن أقر بعتق عبد بعد بيعه ثم اختلفوا فى هل يكون شـاهدا فى ذلك ؟ على وجهين (أحدهما) وهـو قول أبى سـعيد الاصطخرى من أصحابنا والأوزاعى وابن أبى ليلى : هو بمنزلة الشاهد اذا كان معه شاهد آخر قبل ، لأنه ليس فيه أكثر من أنه يشهد على فعل نفسه كما لو قالت امرأة أرضعت هـذا الصبى فانها لا ترد شهادتها (والثانى) وهو ظاهر المذهب أنه لا يقبل الا شاهدان سواه يشهدان بذلك لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل.

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب القســـمة

(تجوز قسمة الأموال المشتركة لقوله عز وجل « واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معـروفا » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « قسم غنائم بدر بشعب يقال له الصفراء ، وقسم غنـائم خيبر على ثمانية عشر سهما ، وقسموا غنـائم حنين بأوطاس وقيل بالجعـرانة » ولأن بالشركاء حاجة الى القسمة ليتمكن كل واحـد منهم من التصرف فى ماله على الكمال ويتخلص من كثرة الأيدى وسوء المشاركة) .

فصـــل ويجوز لهم ان يتقاسموا بأنفسهم ويجوز أن ينصبوا من يقسم بينهم ، ويجوز أن يرفعوا الى الحاكم لينصب من يقسم بينهم ويجب أن يكون القاسم عالما بالقسـمة ليوصل كل واحد منهم الى حقه كما يجب ان يكون الحاكم عالما ليحكم بينهم بالحق ، فان كان القاسم من جهة الحاكم لم يجز أن يكون فاسقا ولا عبدا ، لأنه نصبه لالزام الحكم فلم يجز أن يكون فاسقا ولا عبدا كالحاكم ، فان لم يكن فيها تقويم جاز قاسم واحد ، وان كان فيهـا تقويم لم يجز اقل من اثنين لأن التقويم لا يثبت الا باثنين وان كان فيها خرص ففيه قولان (أحدهما) أنه يجوز أن يكون الخارص واحدا (والثانى) انه يجب ان يكون الخارص اثنين) .

فصـــل فان كان القاسم نصبه الحاكم كانت اجرته من سهم المصالح لما روى « ان علياً رضى الله عنه أعطى القاسم من بيت المال » ولأنه من المصالح فكانت اجرته من سهم المصالح ، فان لم يكن فى بيت المال شيء وجبت على الشركاء على قدر أملاكهم ، لأنه مؤنة تجب لمال مشترك فكانت على قدر الملك كنفقة العبيد والبهائم المشتركة ، وان كان القاسم نصبه الشركاء جاز أن يكون فاسقاً وعبداً لأنه وكيل لهم وتجب اجرته عليهم على ما شرطوا لأنه أجير لهم) .

فصـــل وان كان فى القسمة رد فهو بيع لأن صاحب الرد بذل المال فى مقابلة ما حصل له من حق شريكه عوضا وان لم يكن فيها رد ففيه قولان (احدهما) انها بيع لأن كل جزء من المال مشترك بينهما ، فاذا اخذ نصف الجميع فقد باع حقه بما حصل له من حق صاحبه (والقول الثانى) انها فرز النصيبين وتمييز الحقين لأنها لو كانت بيعا لم يجز تعليقه على ما تخرجه القرعة ، ولأنها لو كانت بيعاً لافتقرت الى لفظ التمليك ولثبتت فيها الشفعة ولما تقدر بقدر حقه كسائر البيوع . فان قلنا انها بيع لم يجب فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعسل الذى انعقدت أجزاؤه بالنار ، وان قلنا : انها فرز النصيبين جاز وان قسم الحبوب والأدهان فان قلنا : انها بيع لم يجز أن يتفرقا من غير قبض ولم يجز قسمتها الا بالكيل كما لا يجوز فى البيع ، وان قلنا انها فرز النصيبين لم يحرم التفرق فيها قبل التقابض ، ويجوز قسمتها بالكيل والوزن ، وان كانت بينهما ثمرة على شجرة فان قلنا : ان القسمة بيع لم تجز قسمتها خرصا كما لا يجوز بيع بعضها ببعض خرصا وان قلنا : انها تمييز الحقين فان كانت ثمرة غير الكرم والنخل لم تجز قسمتها لأنها لا يصح فيها الخرص ، وان كانت ثمرة النخل والكرم جاز لأنه يجوز خرصها للفقراء فى الزكاة فجاز للشركاء) .

فصـــل وان وقف على قوم نصف أرض ، واراد اهل الوقف ان يقاسموا صاحب الطلق فان قلنا ان القسمة بيع لم يصح . وان قلنا انها تمييز الحقين نظرت فان لم يكن فيها رد صحت وان كان فيها رد فان كان من أهل الوقف جاز لأنهم يتنازعون الطلق وان كان من أصحاب الطلق لم يجز لأنهم يتنازعون الوقوف .

الشرح قوله تعالى « واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا » مضى فى الفرائض أن هذه الآية محكمة وليست منسوخة ، ففى رواية عن ابن عباس أنها منسوخة

بقوله « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » وقال سعيد بن المسيب نسختها آية الميراث والوصية وبه قال عكرمة والضحاك والأول أصح فانها مبينة استحقاق الورثة لنصيبهم ، واستحباب المشاركة لمن لا نصيب له ممن حضرهم • قال ابن جبير : ضيع الناس هذه الآية • قال الحسن : ولكن الناس شحوا • وفى البخارى عن ابن عباس فى قوله تعالى : « واذا حضر القسمة » قال : هى محكمة وليست بمنسوخة • وفى رواية ان ناسا يزعمون أن هذه الآية نسخت لا والله ما نسخت ولكنها مما تهاون بها وهما وليان وال يرث وذلك الذى يرزق ، ووال لا يرث وذلك الذى يقول بالمعروف ، ويقول : لا أملك لك أن أعطيك • قال ابن عباس : أمر الله المؤمنين عند قسمة مواريثهم أن يصلوا أرحامهم ويتاماهم ومساكينهم من الوصية : فان لم تكن وصية وصل لهم من الميراث • قال النحاس : فهذا أحسن ما قيل فى الآية أن يكون على الندب والترغيب فى فعل الخير • وقالت طائفة : هذا الرضخ واجب على جهة الفرض تعطى الورثة لهذه الأصناف ما طابت به نفوسهم كالماعون والثوب الخلق وما خف • حكى هذا القول ابن عطية والقشيرى ، والصحيح أن هذا على الندب لأنه لو كان فرضا لكان استحقاقا فى التركة ومشاركة فى الميراث ، لأحد الجهتين معلوم ، وللآخر مجهول ، وذلك مناقض للحكمة وسبب للتنازع والتقاطع ، وأما تقسيم النبى صلى الله عليه وسلم للغنائم فقد مضى فى الجهاد والسير من الجزء الحادى والعشرين •

اما اللغات فقوله (وان كان فى القسمة رد) الرد صرف الشىء ورجعه والرد مصدر رددت الشىء ورده عن وجهه يرده ردا ومردا وتردادا وفى حديث عائشة مرفوعا « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » أى مردود عليه • والمراد هنا فى الفصل من كلام المصنف ما يرده أحد الشريكين الى صاحبه اذا لم يتعادل الجزءان فيرد صاحب الجزء الكثير على صاحب القليل من رد اذا رجعه اليه • وقوله (فرز النصيبين) الفرز مصدر فرزت الشىء اذا قسمته والفرز النصيب المفروز لصاحبه واحدا كان أو اثنين ، وأفرزته اذا قسمته أيضا وقال الجوهرى : فرزت الشىء عزلته عن

غيره ومزته والقطعة منه فرزة وفارز فلان شريكه أى فاصله وقاطعه • قوله (صاحب الطلق) بكسر الطاء من قولك هو لك طلقا أو أعطيته من طلق مالى وهذا حلال طلق وحرام غلق وهو من المجاز والطلق ضد الوقف •

أما الأحكام فان الأصل فى القسمة الكتاب والسنة والاجماع • أما الكتاب فقوله تعالى : « ونبئهم أن المـاء قسمة بينهم كل شرب محتضر » وقوله تعالى : « واذا حضر القسمة أولو القربى واليتـامى » الآية وأما السنة فمن القولية قوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ومن الفعلية « قسم صلى الله عليه وسلم خيبر على ثمانية عشر سهما » • وكان صلى الله عليـه وسلم يقسم الغنائم فقد قسم غنائم بدر وأنفالها بعد أن خرج من مضيق الصـفراء نزل على كثيب بين المضيق وبين النـازية يقـال له (سير) الى سرحة به فقسم هنالك النفل الذى أفاء الله على المسلمين من المشركين على السواء وقسم فىء خيبر فى خيبر • قال ابن اسحق : وكانت المقاسم على أموال خيبر على الشق ونطاة والكتيبة فكانت الشق ونطاة فى سهمان المسلمين وكانت الكتيبـة خمس الله وسهم النبى صلى الله عليه وسلم وطعم رجال مشوا بين رسول الله وبين أهل فدك بالصلح منهم محيصة بن مسعود وأعطاه منها ثلاثين وسقا من شعير وثلاثين وسقا من تمر • وقسمت خيبر على أهل الحديبية من شـهد خيبر ومن غاب عنها ، ولم يغب عنها الا جابر بن عبد الله فقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم كسهم من حضرها • وكان واديها وادى السرير ووادى خاص وهمـا اللذان قسمت عليهما خيبر وكانت نطاة والشق ثمـانية عشر سهما نطاة من ذلك خمسة أسهم والشق ثلاثة عشر سهما وكانت عدة الذين قسمت عليهم خيبر من أصـحاب النبى صلى الله عليـه وسلم ألف سهم وثمانمائة سهم برجالهم وخيلهم الرجال أربع عشرة مائة والخيل مائتا فرس فكان لكل فرس سهمان ولفارسه سهم ولكل راجل سهم •

وقسم النبى صلى الله عليه وسلم غنائم حنين • قال ابن اسحق : ثم خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حين انصرف عن الطائف على دحنا حتى نزل الجعرانة فيمن معه من الناس ومعه من هوازن سبى كثير وقد قال له رجل

من أصحابه يوم ظعن عن ثقيف : يا رسول الله ادع عليهم فقال صلى الله عليه وسلم : « اللهم اهد ثقيفا وائت بهم » . ثم أتاه وفد هوازن بالجعرانة وكان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سبى هوازن ستة آلاف من الذراري والنساء ومن الابل والشاء ما لا يدرى ما عدته • قال ابن اسحق فحدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن وفد هوازن أتوا النبى صلى الله عليه وسلم وقد أسلموا فقالوا : يا رسول الله انا أهل وعشيرة وقد أصابنا من البلاء ما لم يخف عليك فامنن علينا من الله عليك • وقال أبو صرد : يا رسول الله انما فى الحظائر عماتك وخالاتك وحواضنك اللاتى كن يكفلنك ولو أنا ملحنا للحرث بن أبى شمر أو للنعمان بن المنذر ثم نزل منا بمثل الذى نزلت به رجونا عطفه وعائدته علينا وأنت خير المكفولين • فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أبناؤكم ونساؤكم أحب اليكم أم أموالكم ؟ » فقالوا يا رسول الله خيرتنا بين أموالنا وأحسابنا بل ترد الينا نساءنا وأبناءنا فهو أحب الينا فقال لهم : أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم واذا ما أنا صليت الظهر بالناس فقوموا فقولوا : انا نستشفع برسول الله صلى الله عليه وسلم الى المسلمين وبالمسلمين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أبنائنا ونسائنا فسأعطيكم عند ذلك وأسأل لكم • فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناس الظهر قاموا فتكلموا بالذى أمرهم به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم : أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم • فقال المهاجرون : وما كان لنا فهو لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت الأنصار : وما كان لنا فهو لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الأقرع بن حابس : أما أنا وبنو تميم فلا وقال عيينة بن حصن أما أنا وبنو فزارة فلا وقال عباس بن مرداس : أما أنا وبنو سليم فلا فقالت بنو سليم : بلى ما كان لنا فهو لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عباس : وهنتمونى فقال صلى الله عليه وسلم : أما من تمسك منكم بحقه من هذا السبى فله بكل انسان ست فرائض من أول سبى أصيبه ، فردوا الى الناس أبناءهم ونساءهم • ولما فرغ صلى الله عليه وسلم من رد سبايا حنين الى أهلها ركب واتبعه الناس يقولون : يا رسول الله أقسم علينا فيئنا من الابل والغنم حتى ألجأوه الى شجرة فاختطفت عنه رداؤه فقال : ردوا على

ردائي أيها الناس فوالله أن لو كان لكم بعد شجر تهامة نعما لقسمته عليكم ثم ما ألفيتموني بخيلا ولا جبانا ولا كذوبا • ثم قام الى جنب بعير ثم أخذ وبرة من سنامه بين أصبعيه ثم رفعها ثم قال : أيها الناس والله ما لي من فيئكم ولا هذه الوبرة الا الخمس والخمس مردود عليكم فأدوا الخياط والمخيط فان الغلول يكون على أهله عارا ونارا وشنارا يوم القيامة وقد دخل عقيل ابن أبي طالب يوم حنين على امرأته فاطمة ابنة شيبة بن ربيعة وسيفه متلطخ دما فقالت : اني قد عرفت أنك قد قاتلت فماذا أصبت من غنائم المشركين ؟ فقال : دونك هذه الابرة تخيطين بها ثيابك فدفعها اليها فسمع منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أخذ شيئا فليرده حتى الخياط والمخيط فرجع عقيل فقال : ما أرى ابرتك الا قد ذهبت » •

وقد أجمعت الأمة على جواز القسمة ، ولأن بالناس حاجة الى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على ايثاره ، ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي •

فرع ويجوز للشركاء أو الشريكين أن يقتسموا بأنفسهم ويجوز لهم أن يأتوا الحاكم لينصب بينهم قاسما لهم أو أن ينصبوا هم قاسما يقسم لهم ، فان نصب الحاكم لهم قاسما كان من شرطه العدالة والحرية ومعرفة الحساب ليوصل الى كل ذي حق حقه وهذا قول أحمد الا أنه لا يشترط كونه حرا ، فان كان القاسم قد نصبه الشركاء فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحاكم في لزوم قسمته وان كان كافرا أو فاسقا أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته الا بتراضيهما بها ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع الى لزوم القسمة ، ويجزىء قاسم واحد فيما لا يحتاج الى تقويم فان احتاج الى التقويم احتاج الى قاسمين لأنه يحتاج الى أن يكون المقوم اثنين ولا يكفي في التقويم واحد فمتى نصبوا قاسما أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحققة لزمت القسمة بقرعته ، وان اختل فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة الا بتراضيهما بعد القرعة لأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه •

فـــرع على الامام أن يرزق القاسم من بيت المال لأن هذا من المصالح وقد روى أن عليا اتخذ قاسما وجعل له رزقا من بيت المال • فان لم يرزقه الامام ، قال الامام للمتقاسمين : ادفعوا الى القاسم أجره ليقسم بينكم فان استأجره كل واحد منهم بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز وان اسـتأجروه جميعاً اجارة واحدة ليقسم بينهم الدار بأجر واحد معلوم لزم كل واحـد منهم من الأجر بقدر حصته من المقسوم وبهذا قال أحمد وأصحابه • وقال أبو حنيفة يكون عليهم على قدر عدد رءوسهم لأن عمله فى نصيب أحدهمـا كعمله فى نصيب الآخر سواء تساوت سهامهم أو اختلفت فكان الأجر بينهم ســواء •

دليلنا أن أجر القسمة يتعلق بالملك فكان بينهم على قدر الأملاك كنفقة العبد وما ذكروه لا يصح لأن العمل فى أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المقســوم لو كان مكيلا أو موزونا كان كيل الكثير أكثر عمـلا من كيل القليل ؟ وكذلك الوزن والزرع وعلى أنه يبطل بالحافظ فان حفظ القليل والكثير سواء ، ويختلف أجره باختلاف المال •

فـــرع وأجرة القسمة بينهما ولو كانت بطلب أحدهما وبهـذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد • وقال أبو حنيفة هى على الطالب للقسمة ، لأنها له حق •

دليلنا أن الأجرة تجب بافراز الحصص وهم فى ذلك متساوون ، فكانت الأجرة عليهم كما لو كانوا جميعا طالبين للقسمة •

فـــرع والقسمة افراز حق وتمييز أحـد النصيبين من الآخر وليست بيعا فى أحد القولين وقال فى الآخر : هى بيـع • وحكى عن أبى عبد الله ابن بطة • وذلك لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذا حقيقة البيـع • أما القول بأنها افراز حق وتمييز الأنصباء بعضها من بعض فذلك لأنها لا تفتقر الى لفظ التمليك ، ولا تجب فيها الشفعة ويدخلها الاجبار وتلزم باخراج القرعة ، ويقدر أحد النصيبين

بقدر الآخر ، والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها فلم تكن بيعا كسائر العقود ، ثم قال ابن قدامة : وفائدة الخلاف أنها اذا لم تكن بيعا جازت قسمة الثمار خرصا والمكيل وزنا والموزون كيلا والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض فى البيع ، ولا يحنث اذا حلف لا يبيع بها واذا كان العقار أو نصفه وقفا جازت القسمة . اهـ .

فرع اذا قلنا : هى بيع انعكست هذه الأحكام ، هذا اذا خلت من الرد ، فان كان فيها رد عوض فهى بيع لأن صاحب الرد يبذل المال عوضا عما حصل له من مال شريكه ، وهذا هو البيع ، فان فعلا ذلك فى وقف لم يجز لأن بيعه غير جائز ، وان كان بعضه وقفا وبعضه طلقا والرد من صاحب الطلق لم يجز لأنه يشترى بعض الوقف ، فان كان من أهل الوقف جاز لأنهم يشترون بعض الطلق .

مسألة قال ابن حزم فى المحلى : (ويقسم كل ما لا يحل بيعه اذا حل ملكه كالكلاب والسنانير والثمر قبل أن يبدو صلاحه والماء وغير ذلك ، كل ذلك بالمساواة والمماثلة ، لأن القسمة تمييز حق كل واحد وتخليصه وليست بيعا ، ولو كانت بيعا لما جاز أن تأخذ البنت دينارا والابن دينارين) .

فصل فى رد ابن حزم على من قال بالنسخ .

قال : وأمر الله تعالى فرض حتى يأتى نص ثابت بأنه ليس فرضا والا فقول من قال : لا يلزم انفاذ أمر الله تعالى لخصوص ادعاه أو نسخ زعمه ، أو لندب أطلقه بظنه ، قول ساقط مردود فاحش الا أن يخبرنا بشيء مع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمعا وطاعة لأنه المبلغ عن الله تعالى أحكامه وأما من دونه فلا . روينا من طريق سعيد بن منصور ناهشيم عن يونس — هو ابن عبيد — ومنصور بن المعتمر والمغيرة بن مقسم قال يونس ومنصور عن الحسن وقال المغيرة عن ابراهيم ثم اتفق الحسن وابراهيم قالا

جميعا في قول الله تعالى (واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) هي محكمة وليست بمنسوخة ، وبه الى هشيم عن عوف هو ابن أبي جميلة عن ابن سيرين قال : كانوا يرضخون لهم اذا حضر أحدهم القسمة وابن سيرين أدرك الصحابة رضى الله عنهم • ومن طريق أحمد بن محمد بن اسماعيل الصفار النحوى نا جعفر بن مجاشع نا ابراهيم بن اسحاق نا عبد الله نا عبد الرحمن بن مهدى نا سفيان — هو الثورى — عن ابن أبي نجيح عن مجاهد (واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) قال : هي واجبة عند قسمة الميراث ما طابت به أنفسهم •

ومن طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى في هذه الآية قال : هي محكمة ما طابت به أنفسهم عند الميراث فان قيل : قد روى عن الضحاك وابن المسيب وابن عباس أنها منسوخة وقال قوم : انها ندب • أما الاحتجاج بقول ابن المسيب والضحاك فقول يستغنى عن تكلف الرد بأكثر من ايراده فكيف وقد خالفهما الحسن وابن سيرين والنخعى والزهرى ومجاهد وغيرهم ؟ وأما ابن عباس فما قول أحد حجة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف وقد جاء عن ابن عباس خلاف هذا ؟ كما روينا من طريق محمد ابن أحمد بن اسماعيل الصفار النحوى نا بكر بن سهل نا أبو صالح نا معاوية بن صالح عن على بن أبي طلحة عن ابن عباس (واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) قال : أمر الله عز وجل عند قسمة مواريثهم أن يصلوا أرحامهم ويتاماهم ومساكينهم من الوصية فان لم تكن وصية قسم لهم من الميراث وقد حكم بهذه الآية في ميراث عبد الرحمن بن أبي بكر بعلم عائشة أم المؤمنين فلم تنكر ذلك ، ولا عجب أعجب ممن يأتى الى ما قد صح عن ابن عباس من أن قول الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) منسوخ بقوله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) فلا يلتفت اليه وهو قول قد صح برهانه بانكار الله تعالى حكم الجاهلية ، وكل ما خالف دين الاسلام فهو حكم جاهلية سواء كان مفترى من أهله أو كان من عند الله تعالى ثم نسخه بغيره كالصلاة الى بيت

المقدس وتربص المتوفى عنهـا حولا والتزام السبت وغير ذلك ، ثم يأتى فيحتج بقول جاء عن ابن عباس فى هذه الآية قد جاء عنه خلافه ، وهـذا هو اتباع الهوى والتحكم بالباطل فى دين الله عز وجل ، ولئن كان قول ابن عباس المختلف عنه فيه ها هنا حجة فأحرى أن يكون حجة حيث لم يختلف عنه وان كان ليس قوله هنالك حجة فليس ها هنا حجة . ثم ان قول القائل هذه الآية منسوخة أو غير واجبة قول لا يحل اتباعه لأنه دعوى بلا برهان ونهى عن اتباع أمر الله تعالى وأمر رسوله عليه السلام بلا برهان أو اباحة لمخالفتهما كذلك وكل ذلك باطل متيقن الا بنص ثابت من قرآن أو سـنة وبالله التوفيق . ا هـ المحلى جـ ٨ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر نظرت – فان لم يكن على واحد منهم ضرر فى القسـمة كالحبوب والأدهان والثيـاب الغليظة وما تساوت اجزاؤه من الأرض والدور – أجبر الممتنع لأن الطـالب يريد ان ينتفع بماله على الكمال وان يتخلص من سوء المشاركة من غير اضرار باحد فوجبت اجابته الى ما طلب . وان كان عليهما ضرر كالجواهر والثيـاب المرتفعة التى تنقص قيمتها بالقطع والرحى الواحدة والبئر والحمام الصـغير لم يجبر الممتنع لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن اضاعة المال » ولأنه اتلاف مال وسـفه يستحق بهما الحجر فلم يجبر عليه وان كان على أحدهمـا ضرر دون الآخر نظرت – فان كان الضرر على الممتنع – اجبر عليها وقال ابو ثور رحمه الله : لا يجبر لأنها قسمة فيها ضرر فلم يجبر عليها كما لو دخل الضرر عليهما ، وهذا خطأ لانه يطلب حقا له فيه منفعة فوجبت الاجابة اليه ، وان كان على المطلوب منه ضرر كما لو كان له دين على رجل يملك الا ما يقضى به دينـه . وان كان الضرر على الطالب دون الآخر ففيه وجهان (احدهما) : انه يجبر لأنه قسمة لا ضرر فيها على احدهمـا فأجبر الممتنع كمـا لو كان الضرر على الممتنع دون الطالب . (والثانى) : انه لا يجبر وهو الصحيح لأنه يطلب ما لا يستضر به فلم يجبر الممتنع ويخالف اذا لم يكن على الطالب ضرر لأنه يطلب ما ينتفع به وهذا يطلب ما يستضر به وذلك سفه فلم يجبر الممتنع) .

الشرح حـديث « لا ضرار ولا اضرار » ورد بلفظ « ضرار »

أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه والدارقطني عن ابن عباس وابن ماجه عن عبادة ومالك والشافعي عنه عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرسلا .

وحديث « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال » فانما هو جزء من حديث أخرجه الشيخان من حديث المغيرة بن شعبة وأخرجه مالك في الموطأ من حديث سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة بلفظ « ان الله تبارك وتعالى يرضى لكم ثلاثا ويسخط لكم ثلاثا يرضى لكم أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئا وأن تعتصموا بحبل الله جميعا وأن تناصحوا من ولاه الله أمركم ، ويسخط لكم قيل وقال واضاعة المال وكثرة السؤال » قال ابن عبد البر : هكذا أرسله يحيى والقعنبي وأرسله سائر الرواة فقالوا : عن أبي هريرة أ هـ .

اما اللغات فالضرر هو ضرر النفس والاضرار هو احداث الضرر بغيره . قال في النهاية : الضر ضد النفع ضره يضره ضرا وضرارا وأضر به يضر اضرارا فمعنى قوله : لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه والضرار فعال من الضر أي لا تجازيه على اضراره بادخال الضرر عليه ، والضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به والضرار أن تضره من غير أن تنتفع أنت . وقيل هما بمعنى وتكرارها للتأكيد .

اما الأحكام فانه اذا طلب أحد الشريكين فامتنع الآخر فلا يخلو من حالين (أحدهما) ألا يكون ضرر في القسمة كالثياب الغليظة والحبوب والأدهان وما تساوت أجزاؤه من الأرض ، أجبر الممتنع لأن الطالب يريد الانتفاع بماله ، ويريد التخلص من سوء المشاركة (والثاني) أن يكون ضرر بمعنى أنه يكون في بعضها قطعة أرض ليس عليها شيء من الثمار وعلى قطعة أخرى نخلة أو شجرة فاكهة أو ساقية فان القطعة التي تساوي مائة خالية انما تساوي ضعف ثمنها اذا كان عليها منشئات أو بساتين ، فاذا جعلت الأرض سهما قومت المنشآت ووزعت على الشركاء ويكون لكل منهم نصيبه في قيمتها ، فمن أخذ الأرض التي عليها المنشآت رد على الشركاء أنصبتهم من ثمنها فكأنه باعها منهم ، فهذه أرض لم تتساو أجزاؤها ولا يجبر

أحد على البيع أو الشراء وقال أبو محمد بن حزم : « ولا يجوز أن يجبر أحد من الشركاء على بيع حصته مع شريكه أو شركائه ولا على تقاومهما الشيء الذى هما فيه شريكان أصلا كان مما ينقسم أو مما لا ينقسم من الحيوان لكن يجبران على القسمة ان دعا اليها أحدهما أو أحدهم أو تقسم المنافع بينهما ان كانت لا تمكن القسمة ، ومن دعا الى البيع قيل له : ان شئت فبع حصتك وان شئت فأمسك وكذلك شريكك الا أن يكون فى ذلك اضاعة للمال بلا شيء من النفع فيباع حينئذ لواحد كان أو اشريكين فصاعدا الا أن يكون اشتركا لتجارة فيجبر على البيع ههنا خاصة من أباه . برهان ذلك قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام » فصح بهذا أنه لا يحل أن يخرج مال أحد عن ملكه بغير تراض منه والاجبار على البيع اخراج للمال عن صاحبه الى من هو حرام عليه بنص القرآن والسنة وهذا ظلم لا شك فيه ، فان قيل : ان فى ترك أحدهما البيع ضررا بانتقاص قيمة حصة الآخر قلنا : لا ضرر فى ذلك بل الضرر كله هو أن يجبر المرء على اخراج ملكه عن يده ، فهذا الضرر هو المحرم لا ضرر انسان بألا ينفذ له هواه فى مال شريكه ، وقد وافقنا المخالفون ههنا على أن من له قطعة أرض أو دار صغيرة الى جنب أرض أو دار لغيره لو بيعتا معا لتضاعفت القيمة لهما ، وان بيعتا متفرقتين نقصت القيمة أنه لا يجبر أحد على ذلك ان أباه فمن أين وقع لهم هذا الحكم فى المشترك من الأموال دون المقسوم منها ؟ ا هـ .

قلت : ولأصحابنا وجهان اذا دعا بعض الشركاء الى القسمة فامتنع البعض الآخر ففيه وجهان (أحدهما) يجبر الممتنع عليها وبه قال أبو حنيفة لأن فيها ضررا على بعض الشركاء دون بعض فأجبر الممتنع منها عليها كما لو كان الضرر على الممتنع وحده (والثانى) لا يجبر الممتنع منها عليها وهو المذهب ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاعة المال وفى هذه القسمة اضاعة المال ، ولأنه يطلب ما يستضر به واجابته الى ذلك سفه فلم يجب . هذا ترتيب أصحابنا العراقيين وقال الخراسانيون : ان دعا الى

القسمة من يستضر بها وامتنع منها من لا يستضر بها لم يجبر الممتنع وجها واحدا . وان دعا اليها من لا يستضر بها وامتنع منها من يستضر بهـا فهل يجبر الممتنع ؟ فيه وجهان .

اذا ثبت هذا فان كان نصف الدار لواحد ونصفها لعشرة لكل واحد منهم نصف عشرها ، وطلب العشرة أن يقسموا نصيبهم من الدار مجموعا وامتنع صاحب النصف أجبر على ذلك لأنها قسمة لا ضرر فيها ، وكذلك اذا طلب صاحب النصف أن يفرد نصيبه عن العشرة أجبر شركاؤه على ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل **وان كان بينهما دور أو أراض مختلفة فى بعضها نخل وفى بعضها شجر أو بعضها يسقى بالسيح وبعضا يسقى بالناضح وطلب احدهمـا أن يقسم بينهما اعيانا بالقيمة وطلب الآخر قسمة كل عين لأن كل واحد منهما له حق فى الجميع ، فجاز له ان يطالب بحقه فى الجميع . وان كان بينهمـا عضائد متلاصقة واراد احدهما ان يقسم أعيانا وطلب الآخر ان يقسم كل واحد منها على الانفراد ففيه وجهان (احدهما) انها تقسم اعيانا كالدار الواحدة اذ كان فيها بيوت (والثـانى) انه يقسم كل واحـدة منا لأن كل واحـدة على الانفراد فقسم كل واحد منها كالدور المتفرقة) .**

الشرح قوله : (أراض) قال فى الطــراز المذهب : قال أهــل النحو : لا يجوز جمع أرض على أراض والصواب أرضون بفتح الراء لأن أفاعل جمع أفعل كأحمر وأحامر وأفكل وأفاكل ولا يجمع فعل على أفاعل بل يجمع على أرضين وآراض فى القليل وأروض أيضا وقال الجوهرى : أراض جمع الجمع اهـ وقال فى اللسان : والجمع آراض وأروض وأرضون الواو عوض من الهــاء المحذوفة المقدرة وفتحوا الراء فى الجمــع ليدخل الكلمة ضرب جمــع من التكسير استيحاشا من أن يوفروا لفظ التصحيح ليعلموا أن أرضا مما كان سبيله لو جمع بالتاء أن تفتح راؤه فيقال أرضات قال الجوهرى : وزعم أبو الخطاب أنهم يقولون : أرض وآراض كما قالوا أهل وآهال ، قال ابن برى : الصحيح عند المحققين فيمـا حكى عن أبى

الخطـاب أرض وأراض وأهل وأهال كأنه جمـع أرضـاة وأهلاة كمـا قالوا : ليلة وليال كأنه جمع ليلاة ، قال الجوهرى : والجمع أرضات لأنهم قد يجمعون المؤنث الذى ليست فيه هاء التأنيث بالألف والتـاء كقولهم عرسات ثم قالوا : أرضون فجمعوا بالواو والنون والمؤنث لا يجمع بالواو والنون الا أن يكون منقوصا كثبة وظبة ولكنهم جعلوا الواو والنون عوضا عن حذفهم تاء التأنيث .

وقوله (يسقى بالسيح) من قولك ساح الماء يسيح سيحا وسيحانا اذا جرى على وجه الأرض وقد مضى ذكره فى كتاب الزكاة ، والناضح البعير الذى يحمل ماء السقى والأنثى ناضحة وسانية . والناضح الذى ينضح عن البعير أى يسوق السانية ويسقى بخلاف غيره هكذا أفاده ابن بطال الركبى وقوله (عضائد متلاصقة) قال ابن بطال الركبى : أراد دكاكين متلاصـقة متوالية البناء ، قال الجوهرى : أعضاء كل شىء ما يسند حوله من البنـاء وغيره كأعضاد الحوض وهى حجارة تنصب حول شفيره ولعلهـا سميت عضائد من هذا البناء ويقال : عضد من نخل اذا كانت منعطفة متساوية .. وقوله (تابع للعرصة فى القسمة) العرصة قال فى القاموس : كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء والجمع عراص وعرصات وأعراص .

أما الأحكام فانه اذا كان بين رجلين أعيان مشتركة وطلب أحدهما أن يقسم كل عين على الانفراد جزءين وطلب الآخر أن تقوم كل عين ويأخذ كل واحد منهم أعيانا منها بقيمتها نظرت ــ فان كان المشترك دارا واحدة فيها بيوت (شقق) فطلب أحدهما أن تقسم كل عمارة جزءين وطلب الآخر أن تقسم البيوت (الشقق) بالقيمة فيأخذ كل واحد شققا بالقيمة قدم قول من دعا الى القسمة بالقيمة ، لأن قسمة كل جزءين تنقص به القيمة والمنفعة . وان كان المشترك بينهمـا دورا متفرقة وطلب أحدهمـا أن تقسم كل دار بانفرادها وطلب الآخر أن يجعل كل دار نصيبا قدم قول من أدعى أن يقسم كل دار بانفرادها سواء كانت الدور فى محلة أو فى محال .

اذا ثبت هذا فان كان بينهما خان ذو بيوت ومساكن قسمته بافراد

بعض المساكن عن بعض لأنه يجرى مجرى الدار الواحدة فيها بيوت ، وان كان بينهما دكاكين فهى كالدور ، فأما اذا كان بينهما عضائد صغار متلاصقة وهى البيوت من الدكاكين فى الأسواق التى يسكنها التجار فطلب أحدهما أن يقسم بالقيمة وامتنع الآخر فهل يجبر الممتنع ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجبر لأن هذه العضائد تجرى مجرى الدار فيها بيوت (شقق) أو يجرى مجرى الخان فيها بيوت ومعلوم أن من دعا الى أن يجعل كل بيت فى الدار أو الخان نصيبا فانه يجاب الى ذلك فكذلك هذا مثله (والثانى) لا يجبر الممتنع لأن كل عضادة مسكن ، ولأنها أعيان مميزة فلا يقسم بعضها فى بعض كالدور المتفرقة ، فعلى هذا ان كانت كل عضادة مما يمكن قسمتها جزءين قسمت كل عضادة وان كان لا يمكن ذلك الا بضرر يلحق فى القيمة والمنفعة لا يقسم •

سبق أن مذهبنا أنه اذا كان المشترك بينهما دورا متفرقة وطلب أحدهما أن يقسم كل دار بانفرادها وطلب الآخر أن يجعل كل دار نصيبا قدم قول من ادعى أن يقسم كل دار بانفرادها سواء كانت الدور فى محلة أو فى محلل وبه قال أبو حنيفة وقال مالك : ان كانت الدور فى محال قدم قول من دعا الى أن يكون كل دار نصيبا ، وقال أبو يوسف ومحمد : ان كان الحظ فى أن يقسم كل دار قسمت كل دار وان كان الحظ أن يجعل كل دار نصيبا جعل كل دار نصيبا ، وقال أبو محمد بن حزم : فان كان المقسم أشياء متفرقة فدعا أحد المقتسمين الى اخراج نصيبه كله بالقرعة فى شخص من أشخاص المال أو فى نوع من أنواعه قضى بذلك أحب شركاؤه أم كرهوا ، ولا يجوز أن يقسم كل نوع بين جميعهم الا باتفاق جميعهم على ذلك • وقال ابن قدامة من أصحاب أحمد : فان كان بينهما ثياب أو حيوان أو أوانى خشب أو عمد أو أحجار فاتفقا على قسمتها جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم الغنائم يوم بدر ويوم حنين ويوم خيبر وهى تشتمل على أجناس من المال ، وسواء اتفقا على قسمة كل جنس بينهما أو على قسمتها أعيانا بالقيمة • وان طلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته وطلب الآخر قسمته أعيانا بالقيمة قدم قول من طلب قسمة كل نوع على حدته اذا أمكن

ذلك ، وان طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وكان مما لا يمكن قسمته الا باخذ عوض عنه من غير جنسه أو قطع ثوب في قطعه نقص أو كسر اناء أو رد عوض لم يجبر الممتنع • وان أمكن قسمة كل نوع على حدة من غير ضرر ولا رد عوض فقال القاضي : يجبر الممتنع وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وهو قول أبي الخطاب ، لا أعرف في هذا عن امامنا ـ يعني أحمد بن حنبل رضي الله عنه ـ رواية ويحتمل ألا يجبر الممتنع وهو قول ابن خيران من أصحاب الشافعي ، لأن هذا انما يقسم أعيانا بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليه كما لا يجبر على قسمة الدور بأن يأخذ هذا دارا وهذا دارا وكالجنسين المختلفين • ووجه الأول أن الجنس الواحد كالدار الواحدة وليس اختلاف الجنس الواحد في القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة ، فان أرض القرية تختلف سيما اذا كانت أشجارا مختلفة وأراضي متنوعة ، والدار ذات بيوت واسعة وضيقة وحديثة وقديمة • ثم هذا الاختلاف لم يمنع الاجبار على القسمة كذلك الجنس الواحد ، وفارق الدور فانه أمكن قسمة كل دار على حدتها ، وههنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها أو اناء على حدته ، وان كانت الثياب أنواعا كالحرير والقطن والكتان فهي كالأجناس ، وكذلك سائر الأموال ، والحيوان كغيره من الأموال ويقسم النوع الواحد منه ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد • ا هـ ومن المغني نقلته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان كان بينهما دار وطلب احدهما ان تقسم فيجعل العلو لأحدهما والسفل للآخر وامتنع الآخر لم اجبر الممتنع لأن العلو تابع للعرصة في القسمة ، ولهذا لو كان بينهما عرصة وطلب احدهما القسمة وجبت القسمة ولو كان بينهما غرفة فطلب احدهما القسمة لم يجب ولا يجوز ان يجعل التابع في القسمة متبوعا •

الشرح يفيد هذا الفصل أنه اذا كان بينهما دار فيها علو وسفل وطلب أحدهما أن يجعل العلو والسفل بينهما وامتنع الآخر أجبر الممتنع

لأن البناء فى الأرض يجرى مجرى الغراس فى الأرض ، لأنهما يتفقان فى البيع والشفعة . وان كان بينهما أرض فيها غراس وطلب أحدهما أن يقسم الأرض بينهما وامتنع الآخر أجبر الممتنع ، وان طلب أحدهما أنه يجعل العلو نصيبا والسفل نصيبا ويقرع بينهما — فان رضى الآخر — جاز ويكون الهواء لصاحب العلو وله أن يحمل على علوه ما لا يضر بصاحب السفل ، وان امتنع أحدهما من هذه القسمة لم يجبر لأن العلو تبع للسفل فلم يجز أن يجعل التابع متبوعا ، ولأن العلو والسفل كالدارين المتجاورين ، ثم لو كان بينهما داران متجاوران وطلب أحدهما أن يجعل كل دار نصيبا وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع فكذلك هذا مثله ؛ وان طلب أحدهما أن يقسم السفل بينهما ويترك العلو على الاشاعة وامتنع الآخر لم يجبر على ذلك لأن القسمة تراد لتمييز حق أحدهما عن حق الآخر . واذا كان العلو مشتركا لم يحصل التمييز لأنهما قد يقسمان فيحصل ما لأحدهما على ما للآخر فلا يتميز الحقان ، وان تراضيا على ذلك جاز .

فـــرع فى مذاهب العلماء فى ذلك :

قلنا : ان البنـاء فى الأرض يجرى مجرى الغرس فيتبعها فى البيع والشفعة ؛ وبهذا قال العلماء كافة الا ابن حزم على ما سيأتى . وقال فى المغنى : وان طلب أحدهما جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر ويقرع بينهما لم يجبر عليه لثلاثة معان (أحدهما) أن العلو يتبع السفل ولهذا اذا بيعا تثبت الشفعة فيهما ، واذا أفرد العلو بالبيع لم تثبت فيه الشفعة ، واذا كان تبعا له لم يجعل المتبوع سهما والتبع سهما فيصير التبع أصلا (والثانى) أن السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقين لأن كل واحد منهما يسكن منفردا ولو كان بينهما داران لم يكن لأحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيبا كذا ههنا . (الثالث) أن صاحب القرار يملك قرارها وهواءها فاذا جعل السفل نصيبا انفرد صاحبه بالهواء وليست هذه قسمة عادلة اهـ . واختلف قول أبى حنيفة فى مقدار ما يخص كل واحد من الشركاء فقال : انه يقسمه الحاكم بأن يجعل كل ذراع من السفل بذراعين من العلو ، وقال

أبو يوسف : ذراع بذراع • وقال محمد : يقسمها بالقيمة واحتجوا بأنهـا دار واحدة فاذا قسموها على ما يراه جاز كالتى لا علو فيها •

وقال ابن حزم : ولا يجوز أن يقع فى القسمة لأحد المقتسمين علو بنـاء والآخر سفله وهذا مفسوخ أبدا ان وقع • برهان ذلك أن الهـواء دون الأرض لا يمتلك ولا يمكن ذلك أصلا لوجهين : (أحدهما) أنه لا سـبيل لأحد الى أن يستقر فى الهواء وهذا ممتنع • (والثانى) : أنه متموج غير مستقر ولا مضبوط ، فمن وقع له العلو فانمـا يملكه بشرط أن يبنى على جدرات صاحبه وسطحه ويشترط ألا يهدم صاحب السـفل جدراته ولا سطحه ولا أن يعلى شيئا من ذلك ولا أن يقصره ولا أن يقبب سطحه ولا أن يرقق جدراته ، ولا أن يفتح فيها أقواسا ، وكل هذه شروط ليست فى كتاب الله تعالى وقد قال صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط ، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » وقد علمنا أن كل من له حق فهو يملك اياه يتصرف فيه كيف شاء ما لم يمنعه قرآن أو سنة فيطلب هذه القسمة بيقين لا اشكال فيه ، وصح أن ابتياع العلو على اقراره حيث هو أكل مال بالباطل وانما يجوز بيـع أنقاضه فقط فاذا ابتاعها فليس له امساكها على جدرات غيره الا ما دام تطيب نفسه بذلك ثم له أن يأخذه بازالتها عن حقه متى شاء ، وقد منع الشافعى من اقتسام سفل لواحد وعلو لآخر • انتهى بنصه فى المحلى ومن المحلى نقلته •

قلت والجواب عن قوله : ان الهواء لا يتملك أنه اذا رضى صـاحب السفل أن تكون جدراته قرارا لصاحب العلو ورضى صاحب العلو أن تكون جدراته قرارا للأعلى جاز بشرط ألا يحمل صاحب العلو ما يستضر به صاحب السفل ، وما دام الضرر ممتنعا والمصلحة قائمة والرضى قد تحقق فلا وجه لفسخه • والجواب عن تقييد حرية صاحب السفل فى أن يرفع سـقفه أو يعليه أو يقببه فانه متى اتفقا على شكل البناء وحد كل بناء عموديا ، كان حده الى أعلا كحده أفقيا ، وما دام المالك لا يجوز له أن يتجاوز حد ملكه شرقا ولا غربا فان هذا مثله ، وكل حرية فى التصرف مقيدة بعدم الاضرار

بالآخرين . والجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله » فانه شرط يندرج تحت جميع العقود المباحة كالبيع والاجارة والشفعة فلا يوجد نص ينقضه أو يعارضه ، قال الله تعالى « لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا » والله تعالى أعلم بالصواب .

فصل في عقود تمليك الشقق :

جرت العادة فى بلادنا مصر حرسها الله وأزال عنها غمة الهزيمة والانكسار أمام يهود ومن والاهم من الكفار ـ أن تبنى الحكومة دورا كبيرة (عمارات) ثم تعرض بيوتها ـ شققها ـ للتمليك ، فيقبل عليها الناس يشترونها كما يشترون بيوتا على الأرض ، وتدار هذه العمائر بمجلس يختاره ملاك هذه الشقق ويتعاونون على نظافتها وحراستها وصيانتها فكأنهم شركاء فى العمارة كلها وقد خصصوا لكل منهم شقة بحصته فيها ، وبذلك تكون مصاعدها وسلالمها وأبوابها العامة وفناؤها ملكا مشاعا لجميعهم وهم متراضون بهذا من غير مضارة ولا مشقة ولا سوء جوار فهو جائز على مذهبنا باطل على مذهب ابن حزم والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان بين ملكهما عرصة حائط فاراد ان تقسم طولا فيجعل لكل واحد منهما نصف الطول فى كمال العرض واتفقا عليه جاز ، وان طلب احدهما ذلك وامتنع الآخر اجبر عليها ، لانه لا ضرر فيها وان ارادا قسمتها عرضاً فى كمال الطول واتفقا عليه جاز وان طلب احدهما وامتنع الآخر ففيه وجهان (احدهما) انه لا يجبر لانه لا تدخله القرعة لانه اذا اقرع بينهما ربما صار بها مال كل واحد منهما الى ناحية ملك الآخر ولا ينتفع به وكل قسمة لا تدخلها القرعة لا يجبر عليها كالقسمة التى فيها رد (والثانى) وهو الصحيح انه يجبر عليها لأنه ملك مشترك يمكن كل واحد من الشريكين أن ينتفع بحصته اذا قسم فاجبر على القسمة كما لو اراد أن يقسماها طولا فان كان بينهما حائط فارادا قسمته نظرت ـ فان ارادا قسمته طولا فى كمال العرض واتفقا عليه جاز . وان اراد ذلك واحد وامتنع الآخر ففيه وجهان (احدهما) انه لا يجبر لانه لابد من قطع الحائط ، وفى ذلك اتلاف (والثانى)

انه يجبر وهو الصحيح لانه تمكن قسمته على وجه ينتفعان به فاجبرا عليهـا كالعرصة ، فان ارادا قسمته عرضا فى كمال الطول واتفقا عليها جاز ، وان طلب احدهما وامتنع الآخر لم يجبر لان ذلك اتلاف وافساد) •

الشرح جملة هذا الفصل أنه ان كان بينهما حائط خيرناه فان أراد قسمة عرصته ــ فان تراضيا على أن يكون لأحدهما نصف الطول فى كمــال العرض ، أو نصف العرض فى كمــال الطول ــ جاز • وان أراد أحدهما قسمة طوله فيكون لأحدهما نصف طوله فى كمال عرضه وامتنــع الآخر أجبر الممتنع ويكون لكل واحد منهما ما خرجت عليه قرعته ، فان أراد كل واحد منهما أن يبنى فيما خرج عليه جاز ، وان بقى لهما فرجة لم يجبر من هى فى ملكه على سدها وان طلب أحدهما أن يكون لأحدهما نصف العرض فى كمال الطول وامتنع الآخر ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر على ذلك ، لأن هذه القسمة لا تدخلها القرعة لأنا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج القرعة نصيب أحدهما مما يلى ملك الآخر فلم يجبر الممتنع منهما عليها كالقسمة التى فيها رد (والثانى) يجبر الممتنع وهو الأصح لأنها قســمة لا ضرر فيها فأشبه قسمة الطول فى كمال العرض ويخالف لقسمة التى فيها الرد ، لأن دخول الرد فيها يجعلها بيعا ، والبيع لا يجبر عليه من امتنع منه•

فعلى هذا اذا قسم بينهما لم يقرع بينهما ، ولكن يجعل لكل واحد منهما ما يلى ملكه •

وان طلب أحدهما أن يقسم طولها فى كمال عرضــها وطلب الآخر أن يقسم عرضها فى كمال طولها ــ فان قلنا . لا يجبر من امتنع من قسمة عرضها فى كمال طولهــا لم يجبر أحدهما ــ بل يتركان حتى يصطلحا ، لأن قول أحدهما ليس بأولى من قول الآخر •

وان أراد قسمة الحائط بينهما ــ فان تراضيا على قسمة طوله فى كمال عرضه أو قسمة عرضه فى كمال طوله ــ جاز • وان طلب أحدهما أن يقسم عرضه فى كمال طوله وامتنع الآخر لم يجبر لأن الحائط ان قطع كان ذلك اتلافا ، وان لم يقطع وعلم على نصف العرض علامة ليضــع عليه ما يريد

وضعه جاز . وان وضع على جميع الحائط كان متلفا لنصيب شريكه . وان طلب أحدهما أن يقسم طوله فى كمال عرضه وامتنع الآخر ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر الممتنع لأن الحائط اذا قطع فقد تلف جزء من الحائط فلم يجبر الممتنع من ذلك عليه كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه نصفين (والثانى) يجبر الممتنع وهو الأصح كما يجبر على قسمة العرض كذلك . فعلى هـذا ان كان القطع يضر بالحائط لم يقطع ويجعل بين النصيبين علامة ، وان كان القطع لا يضر به قطع بمنشار وان كان لبنا أو طينا كالثوب اذا كان قطعه لا يضر والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان بينهما ارض مختلفة الاجزاء بعضها عامر وبعضها خراب او بعضها قوى وبعضها ضعيف او بعضها شجر او بناء وبعضها بياض ، أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها بالناضح نظرت ـ فان امكن التسوية بين الشريكين فى جيده ورديئه بان يكون الجيد فى مقدمها والردىء فى مؤخرها فاذا قسمت بينهما نصفين صار الى كل واحد من الجيد والردىء مثل ما صار الى الآخر من الجيد والردىء فطلب احدهما هذه القسمة اجبر الآخر عليها ، لأنها كالأرض المتساوية الاجزاء فى امكان التسوية بينهما فيها . وان لم تكن التسوية بينهما فى الجيد والردىء بان كانت العمارة او الشجرة او البناء فى احد النصفين دون الآخر نظرت ـ فاذا امكن ان يقسم قسمة تعديل بالقيمة بان تكون الأرض ثلاثين جريبا وتكون عشرة اجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديئها فدعا الى ذلك احد الشريكين وامتنع الآخر ففيه قولان (احدهما) انه لا يجبر الممتنع لتعذر التساوى فى الزرع وتوقف القسمة الى ان يتراضيا (والقول الثانى) انه يجبر لوجود التساوى بالتعديل . فعلى هذا فى اجرة القسام وجهان (احدهما) انه يجب على كل واحد منهما نصف الأجرة لأنهما يتساويان فى اصل الملك (والثانى) انه يجب على صاحب العشرة ثلث الأجرة وعلى صاحب العشرين ثلثاها لتفاضلهما فى المأخوذ بالقسمة . وان امكن قسمته بالتعديل وقسمة الرد فدعا احدهما الى قسمة التعديل ودعا الآخر الى قسمة الرد ـ فان قلنا ان قسمة التعديل يجبر عليها ـ فالقول قول من دعا اليها لأن ذلك مستحق ، وان قلنا : لا يجبر وقف الى ان يتراضيا على احداهما) .

الشرح جملة هـذا الفصل أنه ان كان المشترك أرضا قال

أصحابنا ـ حكى ذلك صاحب البيان ـ فان كانت قراحا وأحسبهم أرادوا بالقراح [1] الأرض التى يقال لها الحول ، فان كانت متساوية الأجزاء قيمة الزرع فى أولها كقيمة الزرع فى وسطها وفى آخرها فانها تقسم بالتعديل بالأجزاء وان كان فيها نحل وكرم وشجر قال ابن الصباغ : فانه يقسم بالتعديل ولا يجب قسمة كل جنس على حدة ، لأن القراح واحد فهو بمنزلة الدار يكون فيها البناء والأثواب ، فانه لا يجب قسمة كل نوع منها بل يقسم جميعها كذلك هذا مثله .

وان كانت أجزاء الأرض مختلفة بأن كانت قيمة ذراع من أوسطها درهما أو فى بعض الأرض نخل أو شجر وبعضها بياض وبعضها يسقى بالسيح وبعضها يسقى بالناضح نظرت ـ فان أمكن التسوية بين الشركاء فى جيدها ورديئها وشجرها وبياضها وما يسقى بالسيح والناضح بالتعديل بالأجزاء قسمت بالتعديل بالأجزاء وان لم يمكن قسمة ذلك بالتعديل بالأجزاء ـ ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ فى الشامل وأكثر أصحابنا أنها تقسم بينهم بالتعديل بالقيمة على ما يأتى بيانه . فان امتنع أحدهم من ذلك أجبر عليه لأنه ليس فيه أكثر من اختلافها بالقيمة وذلك لا يمنع من القسمة كما قلنا فى الدار الواحدة . وذكر المصنف هنا اذا كانت الأرض ثلاثين جريبا أو فدانا أو هكتارا وقيمة عشرة أجربة من جيدها كقيمة عشرين جريبا من رديئها فدعا أحدهما الى قسمتها بالتعديل بالقيمة ، ومعناه تكون العشرة الأجربة نصيبا والعشرون جريبا نصيبا ففيه قولان (أحدهما) يجبر الممتنع لوجود التساوى بينهما فى القيمة (والثانى) لا يجبر لتعذر التساوى فى الذراع . وأحسبه أراد بذلك اذا كان فى الحول الواحد وأراد بالجريب ذراعا معلومة عندهم ـ فان كان أراد هذا فهو خلاف ما مضى . لأنهم قالوا : يقسم بالتعديل بالقيمة ، وقد ذكر المصنف فى غير هذا الموضع أن الأرض تعدل بالقيمة ولعله أراد على القول الأول وهو المشهور .

قال : فاذا قلنا بالأول ففى أجرة القسام وجهان (أحدهما) يجب على

---

(١) فى القاموس : القراح الأرض التى لا شجر فيها ولا ماء

كل واحد منهما نصفه لأنهما متساويان فى أصل الملك (والثانى) يجب على من خرجت له العشرة ثلث الأجرة و على الآخر ثلثاها لتفاضلهما فى المأخوذ بالقسمة .

وان أمكن قسمة الأرض بالرد وأمكن قسمتها بالتعديل فدعا أحدهما الى أن يقسم بالرد ودعا الآخر الى أن يقسم بالتعديل بالقيمة ــ فان كانت أرض بين شريكين نصفين وذرعها ستمائة ذراع وقيمة مائة ذراع من أولها أربعمائة درهم وقيمة الأربعمائة الذراع الباقية منها أربعمائة درهم كل مائة ذراع تساوى مائة درهم فطلب أحدهما أن يجعل مائة ذراع من أولها جزءا قيمته خمسمائة درهم والثلاثمائة الذراع التاقية من آخرها جزءا وقيمتها ثلاثمائة درهم .فان خرج لأحدهما مائة ذراع من أولها رد على الآخر مائة درهم فان قلنا : أن من امتنع من قسمة التعديل بالقيمة يجبر عليها وجب اجابة من قال : يجعل مائتا ذراع من أولها جزءا والباقى منها جزءا . وان قلنا : لا يجبر من امتنع من قسمة التعديل بالقيمة لم يجبر هاهنا أحدهما ، بل يتركان الى أن يتراضيا على القسمة . وان كانت الأرض أقرحة قال ابن الصباغ : فان أبا اسحاق ذكر فى الشرح اذا كانت متجاورة جرت مجرى القراح الواحد وجاز أن يقسم قراح فى نصيب شريك وقراح فى نصيب شريك آخر قسمة الاجبار . وقال غيره من أصحابنا : انها تجرى الأقرحة مجرى القراح الواحد فى ذلك اذا كان شربها واحدا وطريقها واحدا . فأما اذا كان لكل واحد شرب منفرد وطريق منفرد لم يقسم بعضها فى بعض قسمة الاجبار . قال ابن الصباغ : وهذا أشبه بكلام الشافعى رحمه الله . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كانت بينهما أرض مزروعة وطلب احدهما قسمة الأرض دون الزرع وجبت القسمة لأن الزرع لا يمنع القسمة فى الأرض فلم يمنع وجوبها كالقماش فى الدار . وان طلب احدهما قسمة الأرض والزرع لم يجبر ، لأن الزرع لا يمكن تعديله ، فان تراضيا على ذلك فان كان بذرا لم يجز

قسمته لأنه مجهول ، وان كان قد ظهر ـ فان كان مما لا ربا فيه كالقصيل والقطن ـ جاز لأنه معلوم مشاهد ، وان كان قد انعقد فيه الحب لم يجز لأنا ان قلنا ان القسمة بيع لم يجز لأنه بيع أرض وطعام بأرض وطعام ، ولأنه قسمة مجهول ومعلوم . وان قلنا القسمة فرز النصيبين لم يجز لأنه قسمة مجهول ومعلوم) .

الشرح جملة ذلك أنه ان كانت بينهما أرض مزروعة فطلب أحدهما قسمة الأرض دون الزرع وامتنع الآخر أجبر الممتنع سواء كان الزرع بذرا لم يخرج أو قد خرج لأن الزرع فى الأرض كالقماش فى الدار والقماش فى الدار يعنى القمامة لا يمنع قسمتها فكذلك الزرع فى الأرض فان طلب أحدهما قسمة الزرع دون الأرض وامتنع الآخر نظرت ـ فان كان الزرع بذرا ـ لم يجبر الممتنع لأنه مجهول ، وكذلك ان كان الزرع قد ظهر واشتد حبه لم يجبر الممتنع أيضا لأنه لا يمكن خرصه . وان كان الزرع قد ظهر ولم يصر حبا فحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد قال : لا يجبر الممتنع لأنه لا يمكن تعديله . وحكى عن القاضى أبى الطيب أنه قال : ان قلنا : أن القسمة بيع لم يجبر لأنه لا يمكن بيعه الا بشرط القطع ، وان قلنا : ان القسمة قدر الحقين جازت قسمته . قال : وهذا أشبه لأنه اذا أمكن تعديله مع الأرض أمكن تعديله وحده . وأما اذا طلب أحدهما قسمة الأرض والزرع لم يجبر الممتنع لأنه لا يمكن تعديله . فان تراضيا على ذلك نظرت ـ فان كان بذرا ولم يخرج أو كان الزرع قد صار حبا مشتدا ـ لم يجز لأنه مجهول . وان كان قد ظهر ولا ربا فيه صحت القسمة فى الزرع مع الأرض تبعا لها كما يجوز بيعه مع الأرض من غير شرط القطع تبعا للأرض .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان بينهما عبيد او ماشية او اخشاب او ثياب فطلب احدهما قسمتها اعيانا وامتنع الآخر ـ فان كانت متفاضلة ـ لم يجبر الممتنع ، وان كانت متماثلة ففيه وجهان (احدهما) وهو قول ابى العباس وابى اسحق وابى سعيد الاصطخرى انه يجبر الممتنع وهو ظاهر المذهب لأنها**

متماثلة (والثانى) وهو قول ابى على ابن خيران وأبى على ابن ابى هريرة : أنه لا يجبر الممتنع لانها أعيان مختلفة فلم يجبر على قسمتها أعيانا كالدور المتفرقة) .

الشرح اذا كان المشترك غير الدور والأرض ــ فان كان من أموال الربا ــ فقد مضى حكمه ، وان كان من غير أموال الربا كالثياب والصفر والحديد وما أشبهه ــ فان كانت أجناسا فطلب أحد الشريكين أن يجعل أحد الجنسين جزءا والجنس الآخر جزءا فامتنع الآخر لم يجبر الممتنع ، لأن الأغراض تختلف فى ملك الأجناس . وان طلب أحدهما أن تقسم العين الواحدة من ذلك جزءين وامتنع الآخر ــ فان كانت قيمتها لا تنقص بذلك كالثياب الغليظة وما أشبهها ــ أجبر الممتنع على ذلك ، وان كانت قيمتها تنقص بذلك كالثياب الرقيقة لم يجبر الممتنع على ذلك لأن فيه ضررا فان صح وتراضيا على ذلك وقسماها جاز ، وان طلب أحدهما أن يعدل الجنس الواحد بالقيمة وأمكن تعديله بذلك وامتنع الآخر ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على بن خيران وأبى على ابن أبى هريرة أنه لا يجبر لأنها أعيان متفرقة فلم يجبر على قسمة بعضها ببعض كالدور (والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا وهو المذهب أنه يجبر على ذلك لأنه لا يمكن قسمتها من غير ضرر الا بذلك فوجب قسمتها كذلك كالدار الواحدة .

وان كان المشترك حيوانا ــ غير الرقيق ــ فان كان أجناسا لم يقسم جنس فى جنس الا بالتراضى ، وان طلب أحدهما أن يقسم الجنس الواحد بعضه ببعض بالتعديل بالقيمة وامتنع الآخر فهل يجبر ؟ على الوجهين فى التى قبلها . وان كان رقيقا فذكر الشيخ المصنف أنه على الوجهين كغير الرقيق ، وقال ابن الصباغ فى الشامل يجبر الممتنع وجها واحدا ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « جزأ العبيد الستة الذين أعتقهم الرجل فى مرض موته ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم ، أخرجه مسلم عن عمران بن الحصين . ولأن الرقيق لما وجب تكميل الحرية فيه دخلت قسمة الاجبار بالقيمة بخلاف غيره ، وقال أبو حنيفة : الرقيق لا يقسم لأن

تختلف منافعه • دليلنـا عليه الخبر . ولأنه يمكن تعديله بالقيمة كسائر الأموال •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان كان بينهما منافع فأرادا قسمتها مهاياة وهو ان تكون العين فى يد أحدهما مدة ثم فى يد الآخر مثل تلك المدة جاز ، لأن المنافع كالأعيان فجاز قسمتها كالأعيان ، وان طلب احدهما وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع ، ومن أصحابنا من حكى فيه وجها آخر انه يجبر كما يجبر على قسمة الأعيان ، والصحيح انه لا يجبر ، لأن حق كل واحد منهما تعجل فلا يجبر على تأخيره بالمهاياة ، ويخالف الأعيان فانه لا يتأخر بالقسمة حق كل واحد ، فاذا عقـدا على مدة اختص كل واحدٍ منهما بمنفعة تلك المدة • وان كان يحتاج الى النفقة كالعبد والبهيمة كانت نفقته على من يستوفى منفعته • وان كسب العبد كسبا معتادا فى مدة أحدهما كان لمن هو فى مدته ، وهل تدخل فيها الأكساب النادرة كاللقطة والركاز والهبة والوصية ؟ فيه قولان (أحدهما) أنها تدخل فيها لأنها كسب فاشبـه المعتاد (والثانى) أنها لا تدخل فيها لأن المهاياة بيع لأنه يبيع حقه من الكسب فى أحد اليومين بحقه فى اليوم الآخر ، والبيع لا يدخل فيـه الا ما يقدر على تسليمه فى العادة ، والنادر لا يقدر على تسليمه فى العادة ، فلم يدخل فيه ، فعلى هذا يكون بينهما) •**

الشرح اذا كان المشترك بينهما منفعة بأن أوصى لهما بمنفعة دار أو أرض أو عبد فطلب أحدهما أن يتهايآ فينتفع بها أحدهما مدة والآخر مدة وامتنع الآخر لم يجبر ، ومن أصحابنا من قال : يجبر على ذلك كمـا يجبر على قسمة الأعيان • والمذهب الأول ، لأن حق كل واحد منهما متعجل فى المنفعة فلم يجبر على تأخير حقه فى المهايأة بخلاف الأعيان فانها لا يتأخر بها حقه ، فان تراضيا على ذلك جاز ويختص كل واحد منهما بالمنفعـة فى المدة التى اتفقا عليها ، فان كان ذلك عبدا وكسب كسبا معتادا كان ذلك الكسب لمن هو فى يومه ، فان كسب كسبا نادرا كاللقطة والركاز ففيـه قولان (أحدهمـا) أنه لمن هو فى يومه لأنه كسب له فكان له كالكسب المعتاد (والثانى) لا يكون له ، بل يكون بين الشريكين ، لأن المهايأة بيع ، لأنه يبيع حقه فى الكسب فى يوم شريكه بحق شريكه من الكسب فى يومه ،

والبيع لا يدخل فيه الا ما يقدر على تسليمه فى العادة ، والنادر لا يقدر عليه فى عادة فلم يدخل • فعلى هذا لا يحتسب على الذى هو فى يومه بالمدة التى كسب فيها ذلك من مدته •

فــــرع اذا كان بينهما دار أو أرض فطلب أحدهما المهايأة ولم يطلب قسمتها وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع • وقال أبو حنيفة : يجبر ، دليلنا أن الأصل مشترك بينهما فلم يجبر الممتنع على أن ينفرد أحدهمـــا ببعض المنفعه مع اشتراكهما فى الأصل لأن التمييز لا يحصل بذلك والله أعلم •

فــــرع اذا تهايآ فانتفع أحدهما مدة ثم هلكت العين قبل أن ينتفع بها الآخر مثله رجع عليه بحصة من أجرة مثلها لما انتفع بها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وينبغى للقاسم ان يحصى عدد اهل السهام ويعدل السهام بالاجزاء او بالقيمة او بالرد ، فان تساوى عددهم وسهامهم كثلاثة بينهم ارض أثلاثا فله ان يكتب الأسماء ويخرج على السهام وله أن يكتب السهام ويخرج على الأسماء فان كتب الأسماء كتبها فى ثلاث رقاع فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء ثم يامر من لم يحضر كتب الرقاع والبندقة أن يخرج رقعة على السهم الأول فمن خرج اسمه اخذه ثم يخرج على السهم الثانى فمن خرج اسمه اخذه وتعين السهم الثالث للشريك الثالث فان كتب السهام كتب فى ثلاث رقاع فى رقعة السهم الأول وفى رقعة السهم الثانى وفى رقعة السهم الثـــالث ثم يامر باخراج رقعة على اسم احد الشركاء فاى سهم خرج اخـــذه ثم يامر باخراج رقعة على اسم آخر فاى سهم خرج اخـــذه الثانى ثم يتعين السهم البـــاقى الشريك الثالث • وان اختلفت سهامهم فان كان لواحد السدس وللآخر الثلث وللثالث النصف قسمها على اقل السهام وهو السدس فيجعلها اســداسا ويكتب الأسماء ويخرج على السهام فيامر أن يخرج على السهم الأول فان خرج اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج على الســهم الثـــانى ، فان خرج اسم صاحب الثلث أخذ الثانى والذى يليه ، لأن له سهمين وتعين الباقى لصاحب النصف وان خرجت الرقعة الأولى على اسم صاحب النصف أخذ الســـهم الأول واللذين يليانه وهو الثانى والثـــالث ، ثم يخرج على السهم الرابع فان خرج اسم صاحب الثلث اخذه والسهم الذى يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس لصاحب السدس ، وانما قلنا : انه يأخذ مع الذى يليه لينتفع بهـــا

يأخذه ولا يستضر به ولا يخرج فى هـذا القسم السهام على الأسماء لأنا لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول : آخذه وسهمين قبله ، ويقـول الآخر : بل نأخـذه وسـهمين بعـده ، فيؤدى الى الخـلاف والخصومة) .

الشرح اذا أراد قسمة القراع [1] الواحد من الأرض فلا تخلو من أربعة أحوال : اما أن تكون الأرض متسـاوية الأجزاء ، والأنصـباء متساوية ، أو تكون الأرض مختلفة الأجزاء ، والأنصباء مختلفة ، أو تكون الأرض متسـاوية الأجزاء والأنصباء مختلفة ، أو تكون الأرض مختلفـة الأجزاء ، والأنصباء مختلفة . فان كانت الأرض متساوية والأنصباء متساوية بأن تكون أرض بين رجلين نصفين أو بين ثلاثة أثلاثا وقيمـة الذراع من أولها كقيمة الذراع فى جميعها ، فهاهنا تعدل بالأجزاء فى المسـاحة ، فان كانت بين ثلاثة أثلاثا وكانت ستمائة ذراع جعل كل مائتى ذراع منها جزءا ويقرع بينهم . ويمكن ههنا اخراج الأسماء على الأجزاء واخراج الأجزاء على الأسماء ، فأما اخراج الأسماء على الأجزاء فهو أن يكتب اسم كل شريك فى كل رقعة وتكون الرقاع متساوية ثم يترك كل رقعة فى بندقة من شمع أو طين وتجفف ثم يترك فى حجر رجل لم يحضر الكتابة والبندقة ويقـال له : اطرح بندقة على الجزء الأول فاذا أخرج عليه بندقة كسرت ونظر اسم من فيها من الشركاء فمن خرج فيها اسـمه كان له ذلك الجزء ، ثم يترك بندقة على الجزء الثانى من الأرض ثم يكسر البندقة وينظر فيها اسمه فيكون له الجزء الثانى من الأرض ويتعين الجزء الثالث للشريك الثالث ولا يفتقر الى اخراج البندقة عليه ولا الى كسرها لأنه لا فائدة فى ذلك .

وأما اخراج الأجزاء على الأسماء فهو أن يكتب فى رقعة الجزء الأول وفى الثانية الجزء الثانى وفى الثالثة الجزء الثالث ويجعل عليها البنادق كما مضى ويكتب أسماء الشركاء فى ثلاثة مواضع فى كل موضع اسم واحد ثم يؤمر رجل لم يحضر الكتابة والبندقة أن يخرج البندقة على اسم أحد الشركاء أو عليه بنفسه اذا لم تكتب أسماؤهم فتكسر البندقة فينظر اسم أى أجزاء

---

(١) القراع : الأرض التى لا ماء بها ولا شجر .

الأرض فيها فيكون للذى خرج على اسمه أو عليه ثم يترك بندقة على اسم الشريك الثانى أو عليه بنفسه فيكسر البندقة وينظر اسم أى أجزاء الأرض فيها فيكون للذى خرج على اسمه أو عليه ، ويتعين الجزء الثالث للشريك الثالث ولا يفتقر الى اخراج البندقة الثالثة على اسمه ولا عليه لأنه لا فائدة فى ذلك .

وان كانت الأرض مختلفة الأجزاء والأنصباء متساوية بأن تكون أرض بين ثلاثة أثلاثا وقيمة الذراع من أول الأرض تساوى درهمين وقيمة الذراع من وسطها تساوى درهما وقيمة الذراع فى آخرها تساوى نصف درهم فلا يمكن تعديلها ههنا بتساوى المساحة فى الأجزاء ولكن يعدل الى القيمة فينظر كم قيمة جميع الأرض وينظر قدر ثلث القيمة والى أى موضع ينتهى من الأرض قليلا كان أو كثيرا فيجعل جزءا ، ثم ينظر الى أى موضع ينتهى ما قيمته الثلث أيضا فيجعل جزءا ثم يجعل الباقى جزءا ثم يقرع بينهم على ما مضى فى البحث من كتب الأسماء والأجزاء ، وان كانت الأجزاء متساوية والأنصباء مختلفة بأن تكون أرض متساوية الأجزاء فى القيمة بين ثلاثة ، لرجل النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس فانها تقسم على أقل السهام وهو السدس فتعدل الأرض بالمساحة بالأجزاء ستة أجزاء ، فان كانت ستمائة ذراع جعل كل مائة ذراع جزءا ويعلم عليه بعلامة ويكتب أسماء الشركاء ويجعل فى بنادق على ما مضى ويخرج بندقة على الجزء الأول ثم ينظر من فيها فان خرج فيها اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج بندقة على الجزء الثانى ثم ينظر من فيها فان خرج فيها اسم صاحب الثلث أخذ الثانى والثالث وتعينت الأجزاء الثلاثة الباقية لصاحب النصف فان خرج على الجزء الثانى اسم صاحب النصف أخذ الثانى والثالث والرابع وتعين الجزء الخامس والسادس لصاحب الثلث . وانما قلنا يأخذه وما يليه لئلا يتبعض حقه فيستضر بذلك . وكم يكتب ها هنا من الرقاع ؟ فيه وجهان (أحدهما) يكتب ثلاث رقاع لا غير ، فيكتب اسم كل واحد فى رقعة لأن صاحب النصف والثلث انما يأخذ الجزء بالقرعة وما يليه يأخذ بغير قرعة ، فلا فائدة فى كتب ما زاد عليه (والثانى) وهو المنصوص : أن يكتب ست

رقاع فيكتب اسم صاحب النصف فى ثلاث رقاع واسم صاحب الثلث فى رقعتين واسم صاحب السدس فى رقعة ، لأن لصاحب النصف والثلث مزية بكثرة الملك فكان لهما مزية بكثرة مزية الرقاع ، ولأنه قد يكون لهما غرض فى أن يأخذا من أول الأرض فاذا كانت رقاعهما أكثر كان أقرب الى خروج اسميهما ، ولا يمكن فى هذه القسمة أن يكتب الأجزاء ويخرج على أسماء الشركاء ، لأنا لو كتبنا الأسماء وخرجنا على الأسماء فربما خرج الجزء الثانى والخامس لصاحب السدس ، فلابد أن يقطع على صاحب النصف أو الثلث نصيبه ولأنه ربما خرج الجزء الرابع لصاحب النصف فيقول : آخذه وجزءين بعده ويقول الآخر : بل آخذه وجزءين قبله ، ولا مزية لقول بعضهم على بعض فيؤدى الى الخصومة فلذلك قلنا : لا يجوز الا كتب الأسماء واخراجها على الأجزاء على ما مضى .

وان كانت أجزاء الأرض مختلفة والأنصباء مختلفة ــ فان كان هناك جريب قيمة أجزائه مختلفة بين ثلاثة لواحد النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فلا يمكن تعديلها فى المساحة بالأجزاء ولكن يعدل بالقيمة ، فينظر كم جميع قيمة الأرض ؟ وينظر كم قدر سدس قيمتها ويجعل ما قيمة ذلك من الأرض جزءا ثم كذلك حتى تنتهى الستة الأجزاء ، ويكتب أسماء الشركاء ويخرجها على الأجزاء على ما مضى فى التى قبلها . ولا يمكن كتب الأجزاء واخراجها على الأسماء لما مضى فى التى قبلها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان تراضى الشريكان الى الحـاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة اجبار لم يعتبر تراضى الشركاء لأنه لما لم يعتبر التراضى فى ابتداء القسـمة لم يعتبر بعد خروج القرعة فان نصب الشريكان قاسما فقسم بينهما فالمنصوص انه يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة وقال فى رجلين حكما رجلا ليحكم بينهما ففيه قولان (أحدهما) انه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما (والثانى) انه لا يلزم الحكم الا برضاهما والقاسم ههنا بمنزلة هذا الحاكم لأنه نصبه الشريكان فيكون على قولين (أحدهما) وهو المنصوص انه يعتبر الرضى بعد خروج القرعة ، لأنه لما اعتبر

الرضى فى الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة (والثانى) أنه لا يعتبر لأن القاسم مجتهد فى تعديل السهام والاقراع ، فلم يعتبر الرضى بعد حكمه كالحاكم ، وان كان فى القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم الا بالتراضى ، وقال ابو سعيد الاصطخرى تلزم من غير تراض كقسمة الاجبار وهذا خطأ ، لأن فى قسمة الاجبار لا يعتبر الرضى فى الابتداء وههنا يعتبر فاعتبر بعد القرعة) .

الشرح اذا كان فى يد رجلين شيء فدفعاه الى الحاكم لينصب من يقسمه بينهما ـــ فان أقاما بينة أنه ملكهما ـــ نصب الحاكم قاسما يقسم بينهما ، وان لم يقيما بينة على ملكه ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : فيه قولان منهم المصنف رحمه الله (أحدهما) يجوز له أن ينصب قاسما يقسم بينهما لأن الظاهر من أيديهما الملك ، فعلى هذا يكتب فى كتاب القسم : قسمت ذلك بينهما بغير بينة لهما بدعواهما (والثانى) لا يجوز أن ينصب من يقسم بينهما لأنه قد يكون ملكا لغيرهما فاذا قسمه الحاكم بينهما كان حجة لهما فى الملك . ومن أصحابنا من قال : لا يجوز له أن يبعث من يقسم بينهما قولا واحدا لما ذكرناه . وحيث قال : يبعث من يقسم بينهما حكاه عن غيره ـــ يعنى الامام الشافعى رضى الله عنه . هكذا أفاده القاضى العمرانى . وقال أبو حنيفة : ان كان غير العقار قسمه وان كان عقارا ولم ينسباه الى الميراث لم يقسمه بينهما دليلنا عليه ما مضى ولا فرق بين العقار وغيره فلا معنى للتفرقة بينهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا تقاسما أرضا ثم ادعى أحدهما غلطا فان كان فى قسمة اجبار ـــ لم يقبل قوله من غير بينة ، لأن القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم ، فان أقام البينة على الغلط نقضت القسمة ، وان كان فى قسمة اختيار نظرت فان تقاسما بانفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا . وان اقام بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضى دون حقه ناقصا . وان قسم بينهما قاسم نصباه فان قلنا انه يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لأنه رضى بأخذ الحق ناقصا ، وان قلنا : انه لا يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة فهو كقسمة الاجبار فلا يقبل قوله الا ببينة ، فان كان فى القسمة رد لم يقبل قوله على المذهب وعلى قول أبى سعيد الاصطخرى هو كقسمة الاجبار فلم يقبل قوله الا ببينة .

فصــــل وان تنازع الشريكان بعد القسمة فى بيت فى دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما انه فى سهمه ولم يكن له بينة تحالفا ونقضت القسـمة كما قلنا فى المتبايعين وان وجد احدهما بما صار اليه عينا فله الفسخ كما قلنا فى البيع) .

الشرح اذا كانت بينهما أرض فاقتسماها ثم ادعى أحدهمـا غلطا فى القسمة عليه ــ نظرت فان قسمت بينهما قسمة اجبـار بأن نصب الحاكم قاسما قسم بينهما لم يقبل قول المدعى من غير بينة ، لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيها ، فهو كالحاكم اذا أدعى المحكوم عليه غلطـا فى الحكم ، فان أقام المدعى شاهدين عدلين من أهل المعرفة بالغلط عليه نقضت القسمة ــ كما لو حكم الحاكم بما يخالف النص ، فان لم يقم المدعى عليه بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه فيحلف أنه لا فضل معه ولا يستحق عليه ما يدعى ولا شيئا منه . وان كان ذلك فى غير قسمة الاجبار ــ نظرت فان اقتسما لأنفسهما ــ لم يقبل قول المدعى لأنه ان كان كاذبا فلا حق له ، وان كان صادقا فيجوز أن يكون قد رضى بدون حقه ، فان أقام على ذلك بينة لم تسمع لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا ، وان نصـبا قاسما أو وكلا من قسم بينهما ــ فان قلنا : انه يفتقر الى تراضيهما تقسيمه بعد القسمة لم تقبل دعواه ولا تسمع بينة بالغلط فى ذلك لأنه قد رضى بأخذ حقه ناقصا ، وان قلنا : لا يفتقر الى تراضيهما بقسمته بعد القسمة قبلت دعواه اذا أقام بينة ، فان لم يقم بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، وان اقتسما قسمة فيها رد لم يقبل قول المدعى للغلط على المذهب لأنها لا تفتقر الى تراضيهما بها بعد القسمة وتقبل الدعوى فيها على قول الاصطخرى بالبينة .

فـــرع وان تنازع المتقاسمان فى بيت فى دار اقتسماها وادعى كل واحد منهما أنه خرج فى سهمه ولا بينة تحالفا ونقضت القسمة كالمتبايعين ، فان قال القاسم فى حال قسمته قسمت بينهما وعدلت السهام وخرج لفـلان قبل قوله لأنه يملك القسمة فقبل قوله فيها كالحاكم فى حال ولايته ، وان انصرف القاسم وقال : قسمت بينهما وخرج لفلان كذا ولفلان كذا ، وادعى أحدهما القسمة وأنكرها الآخر فشهد القاسم للمدعى فهل تقبل شهادته ؟

فيه وجهان كالحاكم اذا قال بعد العزل : حكمت لفلان بكذا ، وان تقاسما وخرج بما صار لأحدهما عيب لم يعلم به كان له فسخ القسمة كما قلنا فى البيع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **واذا اقتسما أرضا ثم استحق مما صار لأحدهما شىء بعينه ، نظرت فان استحق مثله من نصيب الآخر امضيت القسمة ، وان لم يستحق من حصة الآخر مثله بطلت القسمة لأن لمن استحق ذلك من حصته ان يرجع فى سهم شريكه ، واذا استحق ذلك عادت الاشاعة ، واذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة فى المستحق وهل تبطل فى الباقى ؟ فيه وجهان (احدهما) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : انه يبنى على تفريق الصفقة فان قلنا ان الصفقة لا تفرق بطلت القسمة فى الجميع ، وان قلنا انها تفرق صحت فى الباقى (والثانى) وهو قول أبى اسحق : أن القسمة تبطل فى الباقى قولا واحدا لأن القصد من القسمة تمييز الحقين ولم يحصل ذلك لأن المستحق صار شريكا لكل واحد منهما فبطلت القسمة .**

فصـــــل **اذا قسم الوارثان التركة ثم ظهر دين على الميت فانه يبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين ، وفيه وجهان ذكرناهما فى التفليس ، فان قلنا : أن القسمة تمييز الحقين لم تنقض القسمة ، وان قلنا : انها بيع ففى نقضها وجهان والله اعلم) .**

الشرح اذا قسم الشريكان أرضا ثم استحق شىء منها — نظرت ، فان كان المستحق قطعة بعينها من الأرض فان كان من نصيب أحدهما بطلت القسمة لأنها اذا خرجت من نصيبه بقى معه أقل من حقه ، وان كانت القطعة من النصيبين — فان كان فى نصيب أحدهما منها أكثر مما فى نصيب الآخر — بطلت القسمة لما مضى ، وان كان فى نصيب كل واحد منهما نصفها لم تبطل القسمة ، لأن ما بقى لكل واحد منهما بعد المستحق هو قدر حقه ، وان كان المستحق مشاعا — فان اقتسما أرضا بينهما نصفين فبان أن لأحدهما ثلثها بطلت القسمة فى المستحق — وهل يبطل فى الباقى ؟ اختلف أصحابنا فيه فقال أبو على ابن أبى هريرة : فيه قولان فى تفريق الصفقة فى البيع . وقال أبو اسحاق : تبطل القسمة قولا واحدا ، لأنه بان أن الشركاء ثلاثة ،

فاذا أقيم الشريكان دون الثالث لم يصح • ولأنهما اذا اقتسما فلابد أن يحدثا ما يتميز به نصيب كل واحد منهما عن نصيب الآخر ، وذلك فى حق المستحق فكان له نزعه فتعود الاشاعة •

فـــرع اذا اقتسم الورثة التركة قبل قضاء الدين على الميت — فان قلنا : ان القسمة بيع — فهل يصح ؟ ينبنى ذلك على جواز بيع التركة قبل قضاء الدين ، وفيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، وحكاهما الشيخ أبو اسحاق هنا وجهين وقد مضى ذكرهما فى التفليس • فان قلنا : لا يصح البيع لم تصح القسمة أيضا ، وان قلنا : يصح البيع صحت القسمة قولا واحدا • فان قضى الورثة الدين استقرت القسمة ، وان لم يقضوا الدين نقضت القسمة •

وأما اذا اقتسم الورثة التركة ثم بان أن الميت كان أوصى بوصية يخرج من ثلثه ، وان كانت الوصية بشىء معين من التركة أو بجزء مشاع فيها فهو كما لو اقتسما التركة ثم استحق شىء منها على ما مضى • وان كانت الوصية بشىء مبهم فهو كما لو اقتسم الورثة ثم ظهر على الميت دين على ما مضى •

اما اللغات فالمشاع من قولك أشعت الخبر أى أذعته ، فهو شائع فى الناس لا يعلمه واحد دون واحد ، كذلك الشىء المشاع بين الشركاء لا يختص به واحد دون الآخر ، هكذا أفاده ابن بطال الركبى فى الطراز المذهب والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة على ما أولانا من نعمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الدعوى والبينات

لا تصح دعوى مجهول فى غير الوصية لأن القصد بالحكم فصل الحكومة والتزام الحق ولا يمكن ذلك فى المجهول ، فان كان المدعى دينا ذكر الجنس والنوع والصفة وان كان عينا باقية ذكر صفتها ، وان ذكر قيمتها كان احوط ، وان كانت العين تالفة فان كان لها مثل ذكر صفتها وان ذكر القيمة كان احوط ، وان لم يكن لها مثل ذكر قيمتها وان كان المدعى سيفا محلى او لجاما محلى فان كان بفضة قومه بالذهب ، وان كان بالذهب قومه بالفضة ، وان كان محلى بالذهب والفضة قومه بما شاء منهما . وان كان المدعى مالا عن وصية جاز ان يدعى مجهولا لأن بالوصية يملك المجهول ، ولا يلزم فى دعوى المال ذكر السبب الذى ملك به لأن اسبابه كثيرة فيشق معرفة سبب كل درهم فيه ، وان كان المدعى قتلا لزمه ذكر صفته وانه عمد أو خطأ وانه انفرد به او شاركه فيه غيره ، ويذكر صفة العمد لأن القتل لا يمكن تلافيه فاذا لم يبين لم يؤمن ان يقتص فيما لا يجب فيه القصاص ، وان كان المدعى نكاحا فقد قال الشافعى رحمه الله لا يسمع حتى يقول نكحتها بولى وشاهدين ورضاها فمن اصحابنا من قال : لا يشترط لأنه دعوى ملك فلا يشترط فيه ذكر السبب كدعوى المال ، وقال الشافعى رحمه الله ذكره على سبيل الاستحباب كما قال فى امتحان الشهود اذا ارتاب بهم ، ومنهم من قال : ان ذلك شرط لأنه مبنى على الاحتياط وتتعلق العقوبة بجنسه فشرط فى دعواه ذكر الصفة كدعوى القتل ، ومنهم من قال : ان كان يدعى ابتداء النكاح لزمه ذكره لأنه شرط فى الابتداء ، وان كان يدعى استدامة النكاح لم يشترط لأنه ليس بشرط فى الاستدامة ، وان ادعت امراة على رجل نكاحا فان كان مع النكاح حق تدعيه من مهر ان نفقة سمعت دعواها وان لم تدع حقا سواء ففيه وجهان (احدهما) انه لا تسمع دعواها لأن النكاح حق للزوج على المراة فاذا ادعت المراة كان ذلك اقرارا والاقرار لا يقبل مع انكار المقر له كما لو اقرت له بدار (والثانى) انه تسمع لأن النكاح يتضمن حقوقا لها فصح دعواها فيه ، وان كان المدعى بيعا او اجارة . ففيه ثلاثة أوجه (احدها) انه لا يفتقر الى ذكر شروطه لأن المقصود به المال فلم يفتقر الى ذكر شروطه كدعوى المال (والثانى) انه يفتقر الى ذكر شروطه لأنه دعوى عقد فافتقر الى ذكر شروطه كالنكاح (والثالث) انه ان كان فى غير الجارية لم يفتقر لأنه لا يقصد به غير

المال ، وان كان فى جارية افتقر لأنه يملك به الوطء فأشبه النكاح وما لزم ذكره فى الدعوى ولم يذكره ساله الحاكم عنه ليذكره فتصير الدعوى معلومة فيمكن الحكم بها) .

الشرح قال فى البيان : المدعى فى اللغة هو من ادعى شيئا لنفسه سواء كان فى يده أو فى غير يده ، وأما المدعى فى الشرع فهو من ادعى شيئا فى يد غيره أو دينا فى ذمته . والمدعى عليه فى اللغة والشرع هو من ادعى عليه شىء فى يده أو فى ذمته هكذا نقل أصحابنا العراقيين ا هـ وقال ابن بطال الركبى فى الطراز المذهب : المدعى فى اللغة من ادعى نسبا أو علما أو ادعى ملك شىء نوزع فيه أو لم ينازع ، ولا يقال فى الشرع مدع الا اذا نازع غيره ، وسميت البينة بينة وهى الشهود لأنها تبين عن الحق وتوضحه بعد خفائه ، من بان الشىء اذا ظهر ، وأبنته أظهرته ، وتبين لى ظهر ووضح ا هـ وقال أبو القاسم الفوراني فى الابانة : قال الشافعى رحمه الله فى موضع : المدعى من يدعى أمرا باطنا والمدعى عليه من يدعى أمرا ظاهرا وقال فى موضع آخر : المدعى من اذا سكت ترك وسكوته والمدعى عليه من لا يترك وسكوته . قال المسعودى : وهذا اختلاف فى العبارة ولا فائدة له الا فى الزوجين اذا ادعى أحدهما أنهما أسلما معا قبل الدخول وادعى الآخر أن أحدهما أسلم بعد الآخر . وقد مضى ذلك فى نكاح المشرك .

فائـدة الدعوى عند فقهاء القانون الوضعى هى توأم الحق وقرينته [1] ودراستها تتصل بالقانون المدنى كما تتصل بقانون المرافعات فهى من النظريات المستطرقة الى أن قال : بل لقد عرفها (جوسران) بأنها الحق متحركا ، فالدعوى فى نظر بعض الفقهاء هى صورة للحق نفسه غاية ما فى الأمر أن الحق قد يكون مستقرا فلا يظهر أثر الدعوى فيه ، وان كان وجودها هو السبب الحقيقى فى استقراره وسكونه ــ أما اذا اعتدى على الحق فانه ينتقل من حالة السكون الى حالة الحركة ويتمثل عندئذ فى صورة

---

(1) شرح قانون الاجراءات المدنية للدكتور عبد الباسط جميعى طبعة دار الفكر العربى .

الدعوى ثم تعرض المؤلف الى تعريفها أعني الدعوى فقال : فالدعوى فى اللغة ــ ومثلها الادعاء ــ هى الزعم بوقوع واقعة أو بوجود حق أو نحو ذلك وبهذا المعنى ورد فى الحديث الشريف : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم » ثم قال : ومن هنا أطلقت ، الدعوى على الطلب الذى يقدم الى القضاء ويتضمن الادعاء بحق معين ضد شخص أو أشخاص معينين فيقال : ان فلانا قد رفع أو أقام دعوى ويقصد بذلك أنه لم يكتف بمجرد انتحال الحق لنفسه بالقول ، بل طرح هذا الزعم على القضاء ليفصل فيه ، وليقرر نسبة هذا الحق له . فالدعوى اذن تطلق على التقاضى أو المخاصمة أمام المحاكم ، لأن من يطرح أمره على القضاء انما يأتى بدعوى أى ينسب لنفسه حقا ويطلب من القاضى تمحيص ما يدعيه والحكم له به بعد التثبت منه واقامة البينة عليه . ا هـ .

فائدة اخرى قال الكاسانى فى البدائع : الكلام فى الدعوى يقع فى مواضع : فى بيان ركن الدعوى ، وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حد المدعى والمدعى عليه فى بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفى بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفى بيان علائق اليمين وفى بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما ، وفى بيان حكم تعارض الدعوى لا غير ، وفى بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل . أما ركن الدعوى فهو قول الرجل على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأنى عن حقه ونحو ذلك ، فاذا قال ذلك فقد تم الركن . ا هـ .

وقال ابن قدامة فى المغنى : الدعوى فى اللغة اضافة الانسان الى نفسه نفسه استحقاق شىء فى يد غيره أو فى ذمته ، والمدعى عليه من يضاف اليه شيئا ملكا أو استحقاقا أو صفقة أو نحو ذلك وهى فى الشرع اضافته الى استحقاق شىء عليه . وقال ابن عقيل : الدعوى : الطلب قال الله تعالى : (ولهم ما يدعون) وقيل : المدعى من يلتمس بقوله أخذ شىء من يد غيره أو اثبات حق فى ذمته ، والمدعى عليه من ينكر ذلك . وقيل : المدعى من اذا ترك لم يسكت ، والمدعى عليه من اذا ترك سكت ، وقد يكون كل واحد منهما

مدعيا ومدعى عليه بأن يختلفا فى العقد فيدعى كل واحد منهما آن الثمن غير الذى ذكره صاحبه • والأصل فى الدعوى قول النبى صلى الله عليه وسلم (لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه) رواه مسلم وفى حديث « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » اهـ •

اذا ثبت هذا فان دعوى المجهول من غير الوصية والاقرار لا يصح ، لأن المدعى عليه ربما صدقه فيما ادعاه فلا يعلم الحاكم بماذا يحكم عليه ، فان ادعى عليه شيئا من الأثمان فلابد أن يذكر القدر والجنس والصفة فيقول : لى ألف دينار كويتى أو عراقى أو ألف ليرة سورية أو لبنانية أو ألف جنيه مصرى أو ما الى ذلك لأن هذه العملات تختلف قيمتها ، وان ادعى شيئا غير الأثمان — فان كان مما يضبط بالصفة وصفه بما وصف به فى السلم ولا يفتقر الى ذكر قيمته مع ذلك ولأنه يصير معلوما من غير ذكر قيمته وان ذكر قيمته — فان كان المدعى تالفا — فان كان له مثل ذكر مثله ، فان ذكر قيمته مع ذلك كان آكد ، وان لم يكن له مثل لم يدع الا بقيمته من نقد البلد ، لأنه لا يجب له الا ذلك ، وان كان المدعى أرضا أو دارا فلابد أن يذكر اسمه واسم البلد والشارع والحى الذى هو فيه وحدوده التى تليه من جميع الجهات ، وان ادعى عليه سيفا محلى بالذهب أو تحفة ثمينة محلاة بالذهب قوم ذلك بالفضة وان كانت موشاة بالفضة قوم ذلك بالذهب ، وان كان محلى بالذهب والفضة قومه بالذهب والفضة ، لأنه موضع ضرر •

وان ادعى عليه مالا مجهولا من وصية أو اقرار صحت الدعوى لأن الوصية والاقرار يصحان فى المجهول فصحت الدعوى الى ذكر السبب الذى ملك ذلك به • قال الشيخ أبو حامد : وهو اجماع ، ولأن المال يملك بجهات مختلفة من الابتياع والهبة والارث والوصية وغير ذلك ، وقد يملك ذلك من جهات ويشق عليه ذكر سبب كل درهم ، فان دعى قتلا أو جرحا فلابد من ذكر سببه فيقول : عمدا أو خطأ أو عمد خطأ أو نصف العمد

والخطأ • ولابد أنيذكر أنه انفرد بالجنـاية أو شاركه غيره فيهـا ، لأن القصاص يجب بذلك ، فاذا لم يذكر سببه لم يؤمن أن يستوفى القصـاص فيما لا قصاص فيه •

فان ادعى عليه جراحة فيها أرش مقدر كالموضحة من الحر لم يفتقر الى ذكر الأرش فى الدعوى ، وان لم يكن لها أرش مقدر كالجراحة التى ليس لها أرش مقدر من الحر والجراحات كلها فى العبد فلابد من ذكر الأرش فى الدعوى ، لأن الأرش غير مقـدر فى الشرع فلم يكن بد من تقـديره فى الدعوى •

فـــرع فى مبحث فى الدعوى عند علماء القانون الوضعى •

قالوا : لا يجوز الحيلولة بين المدعى والقاضى ولا يصح أن تغلق المحكمة بابها فى وجه أى مدع يريد الحكم له بما يدعيه بحجة تفاهة الادعاء أو لشك فى حديثه ولا يفصل فى هذا الا القاضى نفسه ، ولن يتاح للقاضى ذلك الا بعرض الادعاء عليه وطرح أقوال الخصوم بين يديه • قالوا : على أنه يراعى أنه اذا كان الالتجاء الى القضاء مباحا فان ذلك لا ينفى أن المدعى مقيد فى ذلك بطبيعة الحال بأن يستعمل حقه وفقا للقانون ، والا يتجاوز الحـدود المرسومة لاستعمال ذلك الحق ، فاذا أساء فعليه وزر اساءته ، واذا تعسف أو تجنى فانه يسأل عن تعسفه وتجنيه قالوا : وانه يلاحظ من ناحية أخرى أن المشرع قد يقيـد حق الأفراد فى الالتجـاء الى القضاء بقيود مالية أو شكلية • كدفع رسوم معلومة عن كل طلب يقدم الى القضاء أو اسـتيفاء اجراءات معينة حتى يتسنى عرض الادعاء على القـاضى ، كما هو الحـال بالنسبة لاجراء (قيد الدعوى) وقد تطلق كلمة الدعوى ويراد بها المطالبة القضائية ـــ وهذا هو المعنى الاجرائى ـــ كما قد تحمل الدعوى على معنى الوسيلة القـانونية المقررة لحماية الحق ، وهـذا هو المعنى الموضوعى ، واحترزوا بكلمة قانونية عن استعمال القوة فى اثبـات الحق أو حمـايته واحترزوا بكلمة وسيلة باعتبارها احدى وسائل حماية الحق لوجود وسائل أخرى مشروعة أيضا جعلوا منها الحبس أو اللجوء الى النيـابة العامة أو الامتناع عن تنفيذ الالتزام المقابل أو اللجوء الى الجهات الادارية •

قالوا : غير أن الاقتصار على تعريف الدعوى بأنها وسيلة قانونيه لحمايه الحق قد ينتقص من قيمة هذا التعريف لأنه لا يبين مضمون هـذه الوسيلة ومن ثم رأوا أن اكتمال التعريف لا يتم الا ببيـان ذلك المضمون وهـو ما يقتضي القول بأن تلك الوسيلة مؤداها تخويل صاحب الحق مكنة الالتجاء الى القضاء للحصول على حقه أو لضمان احترامه وقد أجملوا تعريف الدعوى على النحو التالى :

الدعوى هى وسيلة قانونية لحماية الحق مؤداها تخويل صـاحبه مكنة الالتجاء الى القضاء للحصول على حقه أو لضمان احترامه (١) .

فـــرع اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا فقد قال الشافعى رضى الله عنـه : « لا تسمع دعواه حتى يقـول : نكحتها بولى وشاهدى عدل ورضاها » واختلف أصـحابنا فى ذلك على ثلاثة أوجه ، فمنهم من قال : لا يجب ذكر ذلك فى الدعوى ، وما ذكره الشـافعى فانه ذكره على طريق الاستحباب كما يستحب له أن يمتحن الشهود اذا ارتاب بهم ، لأنه دعوى ملك فلم يفتقر الى ذكر سببه كدعوى المال ، ولأنه لما لم يفتقر فى الدعوى فى النكاح الى أنها خاليـة من العـدة والحرام والردة لم يفتقر الى ذكر الولى والشاهدين ورضاها لأن الجميع شرط فى صحة النكاح . ومنهم من قال : يجب ذكر ذلك فى دعـوى النـكاح . ومنهم من شرط الولى دون الشهود ومنهم من لم يشترط الولى والشهود فلم يكن بد من ذكر الشرائط التى وقع عليها العقد لئلا يكون النكاح وقع على جهة يعتقد الحاكم بطلانها . ولأن النكاح يحصل فيه الوطء ولا يمكن تلافيه اذا وقع فكان كالقتل لابد من ذكر سببه فى الدعوى . ومنهم من قال : ان كان يدعى عقد النكاح وجب ذكر هذه الأسباب لأنها شرط فى العقـد ، وان كان لا يدعى العقد وانمـا يدعى استدامة النكاح بأن يقول : هى زوجتى لم يجب ذكر هذه الأسباب فى الدعوى لأن هذه الشرائط لا تشترط فى استدامة النكاح ، ولأن اسـتدامة النكاح تثبت بالاستفاضة ، والعقـد لا يثبت بالاستفاضة . هـذا ترتيب

(١) شرح قانون الاجراءات المدنية للدكتور عبد الباسط جميعى .

أصحابنا العراقيين : وقال الخراسانيون : هل يستحب ذكر هـذه الأسباب فى الدعوى فى ابتداء النكاح ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحب (والثـانى) يجب ، فاذا قلنا : يجب ففيه معنيان (أحدهما) لاختلاف الناس فى هـذه الأشياء فى عقد النكاح (والثانى) لأجل الاحتياط فى الابضاع ، وان ادعى استدامة النكاح فهل يجب ذكر هذه الأسباب فى الدعوى ـ ان قلنا : ان المعنى فى الدعوى فى ابتداء النكاح اختلاف النـاس فيها فلم يجب ذكرها ها هنا ، لأنه لا خلاف بينهم فيهـا فى الاستدامة . وان قلنا : المعنى هناك الاحتياط فى الابضاع وجب ذكرها فى الدعوى فى الاستدامة لأن هذا المعنى موجود ها هنا .

وان ادعى نكاح أمة وقلنا : يجب ذكر الشروط فى الدعوى فى النكاح فهل يجب عليه أن يذكر فى دعوى نكاح الأمة عدم الطول وخوف العنت ؟ اختلف أصحابنا فيـه . فمنهم من قال : يجب ذكر ذلك لأنهما شرطان فى النكاح فوجب ذكرهما كما قلنـا فى الولى والشـاهدين . ومنهم من قال : لا يجب ذكرهما كما لا يجب ذكر خلوها من العدة والردة والاحرام ، والأول أصح .

فـــرع فى مذاهب العلماء فى ذلك : قد ذكرنا أنه اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا فقد قال الشافعى : لا تسـمع دعواه حتى يقول : نكحتها بولى وشاهدى عدل ورضاها . وقلنا : ان أصحابنا اختلفوا على ثلاثة أوجه فمنهم من حمل قوله على طريق الاستحباب ، وأنه لا يجب ذلك وبه قال مالك وأبو حنيفة رضى الله عنهما وقد ذكر دليل هذا الوجه آنفا . ومنهم من شرط الولى دون الشهود ، ومنهم من قال : يجب ذكر ذلك فى دعوى النكاح وبه قال أحمد بن حنبل رضى الله عنه لما ذكرنا .

اذا ثبت هذا وادعى رجل على امرأة نكاحا نظرت ـ فان أقرت له بالنكاح ففيها قولان حكاهما القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمسعودى قال فى القديم : لا يثبت النكاح لأنها ليست من أهل المباشرة عند النكاح فلم

بقبل اقرارها به كالصبى • قال ابن الصباغ : فعلى هذا لا يثبت النكاح الا بالبينة الا أن يكون فى الغربة لتعذر البينة • وقال فى الجديد : يثبت النكاح ولم يحك للشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا غيره ، وهو الأصح لأنها مقبولة الاقرار فى النكاح كالرجل • وما قاله الأول يبطل بالمحرم فانه لا يملك عقد شراء الصيد ، ويصح اقراره بشرائه وان أنكرت النكاح ولا بينة كان القول قولها مع يمينها لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فان حلفت له سقطت دعواه وان نكل ردت اليمين عليه فاذا حلف ثبت النكاح ، وان قلنا بقوله القديم وان النكاح لا يثبت باقرارها فهل يحلف ؟ قال ابن الصباغ : لا تحلف لأن اليمين انما تعرض لتخاف فتقر ولو أقرت لم ينفع اقرارها فلا فائدة فى عرض اليمين •

وقال المسعودى : هل يحلف على هذا القول ؟ فيه قولان بناء على أن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه هل يحل محل اقرار المدعى عليه ؟ أو يحل محل البينة من جهة المدعى ؟ فان قلنا : أنها تحل محل اقرار المدعى عليه لم يحلف لأنها ان نكلت وردت اليمين فحلف كانت يمينه كاقرارها ، واقرارها لا يقبل : وان قلنا : ان يمينه كبينة يقيمها عرضت عليه اليمين لجواز أن تنكل عن اليمين فيحلف الزوج فتكون كبينة أقامها وبينة مسموعة •

فــــرع اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فهل تسمع دعواها ؟ ينظر فان ادعت مع النكاح حقا من حقوق النكاح كالمهر والنفقة سمعت دعواها ، وان لم تدع غير النكاح ففيه وجهان (أحدهما) لا تسمع دعواها لأن النكاح حق للزوج عليها لأن الملك له ، ومن أقر لغيره بملك شيء فى يده وأنكر المقر له لم يقبل اقراره له (والثانى) تسمع دعواها لأن النكاح يتضمن وجوب حقوق لها عليه من المهر والنفقة فصارت دعواها للنكاح متضمنة لدعواها فى هذه الحقوق فسمعت دعواها • وكل موضع سمعت دعواها فى النكاح فهل يجب ذكر شروط العقد فى الدعوى ؟ على الأوجه التى ذكرناها فى دعوى الرجل ، ثم ينظر فى الرجل فان أقر بالنكاح ثبت النكاح • وان أنكر افقد اختلف أصحابنا فيه فقال القاضى أبو الطيب فى شرح

المولدات : انهـا تحرم عليه بانكاره وان أقامت البينة على النكاح • وقال الشيخ أبو حامد : لا يكون انكاره طلاقا ، وهو المنصـوص فى الأم فانه قال : اذا أنكر كلفت البينة فان أقامت البينة ثبت النكاح ، فان لم يقم البينة فالقول قول الزوج مع يمينه ، فان حلف لها سقطت دعواها ، وان نكل ردت اليمين عليها ، فان حلفت ألزمته النكاح • وقال فى الابانة : اذا أنكر جعـل كأنه لا نكاح بينهما ، فان رجع عن الانكار قبل رجوعه وجعلت زوجة له ، وهذا كما لو قال : راجعتك قبل انقضاء العدة فقالت : لا بل بعد انقضـاء العدة فالقول قولها ويجعل كأنه لا رجعـة ، فلو رجعت عن الانكار ثبتت الرجعة • قال : فنص الشافعى على ما يقرب من هذه وهو لو أن حرا تزوج أمة ثم قال : كنت واجدا للطول عند التزويج فرق بينهما ، وهل تلك الفرقة تكون طلاقا أو فسخا ؟ فيه قولان • قال القفال : فلو رجع عن قوله وقال : كذبت بل كنت عادما للطول قبل قوله •

فـــرع وان ادعى عليه عقد بيع فى أرض أو سيارة أو دابة أو ادعى عليه عقد صلح أو اجارة أو ما شابه ذلك فهل يجب فيه ذكر شروط العقد فى الدعوى ؟ ان قلنا لا يجب ذكر شروط عقد النكاح فى دعوى النكاح لم يجب ها هنا • وان قلنا فى النكاح يجب فها هنا وجهان (أحدهما) يجب لأنه دعوى عقد فافتقر الى شروطه فى الدعوى كدعوى عقد النكاح ، فعلى هذا يقول : عقـدنا بثمن معلوم من جائزى التصرف وتفرقنـا عن تراض (والثانى) لا يجب ذكر شروط العقـد فى الدعوى لأن الدعوى متعلقة بالمال ، فلم يفتقر الى ذكر سبب الملك كما لو ادعى على المال مطلقا • فاذا قلنا بهذا وكانت الدعوى فى البيـع والشراء فى جارية هل يفتقر الى ذكر الشروط فى الدعوى ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يفتقر لأنه لا يدعى مالا فهو كما لو ادعى ذلك فى العبد (والثانى) يفتقر الى ذكر الشروط فى الدعوى لأنه عقد يستباح به البضع فأشبه عقد النكاح • قال المسعودى : واذا ادعى عليه أنه وهب منه شيئا أو باع منه فلا تسمع هـذه الدعوى حتى يقول المدعى : ويلزمه تسليمه الى الجواز أنه وهب شيئا ثم رجع عن الهبة قبـل القبض أو فسخ البيع بعد العقد ، والله تعالى أعلم بالصواب •

فــــرع في مذاهب العلمــاء في دعاوى النكاح : قد مضى ذكر مذهبنا وأوجه الأصحاب في ذلك ، أما مذاهب العلماء فقد اتفق أصــحاب أحمد أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة عن أحمد ذكر ذلك القاضي أبو بكر ونقله ابن قدامة وهو قول أبي حنيفة ويتخرج أن يستحلف في كل حق لآدمي وهو قول الشافعي وابن المنذر ونحوه قول أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لآدمي فيستحلف فيه كالمال • قال ابن قدامة : ثم اختلفوا فقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف في النكاح فان نكل ألزم النكــاح ، وقال الشــافعي : ان نكل رد اليمين على الزوج فحلف وثبت النكاح •

وحجة المانعين من الحلف أن هذا مما لا يحل بذلك فلا يستحلف فيــه كالحد ، وأن الأبضــاع يحتاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به وبيمين المدعى كالحدود ، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية انما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحيــاء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم • قالوا : ومع ذلك لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له ، قالوا : ويمين المدعى انما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بهــا أمرا فيــه خطر عظيم واثم كثير ، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه •

فــــرع في مذاهب العلماء في ذكر شرائط النكاح : وهو منصوص الشافعي فينبغي أن يقول : تزوجتها بولي وشاهدي عدل ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها وهذا قول أحمد وأصحابه • وقال أبو حنيفة ومالك : لا يحتاج الى ذكر شرائطه لأنه نوع ملك ، ألا ترى أنه لا يحتاج أن يقول : وليست معتدة ولا مرتدة •

ويقول ابن قدامة : ان النــاس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط اذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها ، ومنهم من لا يشترطه ، وقــد يدعي نكاحا يعتقده صحيحا والحــاكم لا يرى صحته ولا ينبغي أن يحكم

بصحته مع جهله بها ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقوم البينة بهـا ،
وتفارق المال فان أسبابه تنحصر ، وقد يخفى على المدعى سبب ثبوت حقه
والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربمـا
لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها ، والأموال مما يتساهل فيهـا ، ولذلك
افترقا فى اشتراط الولى والشهود فى عقوده فافترقا فى الدعوى وعدم العدة
والردة ولم يختلف الناس فيه ، والأصل عدمها ، ولا تختلف به الأغراض ،
فان كانت المرأة أمة والزوج حرا فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج الى ذكر عدم
الطول وخوف العنت لأنهمـا من شرائط صـحة نكاحها • وأما ان ادعى
استدامة الزوجية ولم يدع العقد ، لم يحتج الى ذكر الشروط فى أحـد
الوجهين لأنه يثبت بالاستفاضة •

ولنا أنها دعوى ؛ فأشبه دعوى العقد فاحتاج الى ذكر الشروط
والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان ادعى عليه مالا مضافا الى سببه فان ادعى عليه الفا اقترضه او اتلف عليه فقال : ما اقرضنى او ما اتلفت عليه صح الجواب ، لانه اجاب عما ادعى عليه • وان لم يتعرض لما ادعى عليه بل قال : لا يستحق على شيئا صح الجواب ولا يكلف انكار ما ادعى عليه من القرض او الاتلاف ، لانه يجوز ان يكون قد اقرضه او اتلف عليه ثم قضاه او ابراه منه فان انكره كان كاذبا فى انكاره وان اقر به لم يقبل قوله : انه قضاه او اواه منه فيستضر به ، وان انكر الاستحقاق كان صادقا ولم يكن عليه ضرر •

فصـــل وان ادعى على رجل دينا فى ذمته فانكره ولم تكن بينـة فالقول قوله مع يمينه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال » لو ان الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من النـاس دماء ناس واموالهم لكن اليمين على المدعى عليه « ولان الأصل براءة ذمته فجعـل القول قوله وان ادعى عينا فى يده فانكره ولا بينة فالقول قوله مع يمينه ، لمـا روى ان النبى صلى الله عليه وسلم « قال فى قصـة الحضرمى والكندى : شاهداك او يمينه « ولان الظاهر من اليد الملك فقبل قوله • وان تداعيا عينا

فى يدهما ولا بينة حلفا وجعل المدعى بينهما نصفين لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه : « ان رجلين تداعيا دابة ليس لأحدهما بينة ، فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما » ولأن يد كل واحد منهما على نصفها فكان القول فيه قوله كما لو كانت العين فى يد أحدهما) .

الشرح حديث ابن عباس متفق عليه قال فى التلخيص : حديث « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم » هو أول حديث ابن عباس المذكور فى الصحيحين . وأورده المجد ابن تيمية فى المنتقى مقتصرا على روايته عن أحمد ومسلم ويعزه للبخارى وأما قصة الحضرمى والكندى فقد أخرجها مسلم فى صحيحه والترمذى فى جامعه وصححها من حديث وائل بن حجر وكذلك أخرجها أبو داود . ولفظ رواية مسلم : « جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمى : يا رسول الله أن هذا قد غلبنى على أرض كانت لأبى قال الكندى : هى أرض فى يدى أزرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمى : ألك بينة ؟ قال : لا قال : فلك يمينه فقال : يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه وليس يتورع من شىء ، قال : ليس لك منه الا ذلك ، فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر الرجل : أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض » .

قال الشوكانى : (قوله : كان بينى وبين رجل خصومة) قد تقدم فى كتاب الغصب أن الأشعث بن قيس قال : ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم وهكذا وقع فى رواية أبى داود وذلك يقتضى أن الخصومة بين رجلين غيره ورواية حديث الباب تقتضى أنه أحد الخصمين ويمكن الجمع بالحمل على تعدد الواقعة فان فى رواية لأبى داود فى حديث الأشعث هذا بلفظ « كان بينى وبين رجل من اليهود أرض فجحدنى فيها » ففى هذا تصريح بأن خصمه كان يهوديا بخلاف ما تقدم فى الغصب فانه قال : ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت والكندى هو امرؤ القيس بن عابس الصحابى الشاعر والحضرمى هو ربيعة بن عبدان —

بكسر العين — وكذلك حديث وائل المذكور ها هنا بأن الخصومة فيه بين الكندى والحضرمى وهما المذكوران فى حديث الأشعث بن قيس ، فلعل الرواية لقصة الكندى والحضرمى من طريق الأشعث ومن طريق وائل . وأما المخاصمة بين الأشعث وغريمه فقصة أخرى رواها الأشعث بن قيس . قلت : حديث الأشعث بن قيس فى الصحيحين « كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر فاختصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : شاهداك أو يمينه ، فقلت : انه اذن يحلف ولا يبالى فقال : من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان » .

أما حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود بلفظ : « أن رجلين ادعيا بعيرا على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبى صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » وأخرجه أحمد والنسائى والحاكم والبيهقى أيضا قال الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير : ذكر البيهقى الاختلاف فيه على قتادة وقال : هو معلول فقد رواه حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشر بن نهيك عن أبى هريرة ومن هذا الوجه أخرجه ابن حبان فى صحيحه ، واختلف فيه على سعيد بن أبى عروبة فقيل : عنه عن قتادة عن سعيد عن بن أبى بردة عن أبيه عن أبى موسى وقيل عنه سماك بن حرب عن تميم بن طرفة قال : أنبئت أن رجلا ، قال البخارى : قال سماك بن حرب : أنا حدثت أبا بردة بهذا الحديث ، فعلى هذا لم يسمع أبو بردة هذا الحديث من أبيه ، ورواه أبو كامل مظفر بن مدرك عن حماد عن قتادة عن النضر بن أنس عن أبى بردة مرسلا ، قال حماد : فحدثت به سماك بن حرب فقال : أنا حدثت به أبا بردة ، وقال الدارقطنى والبيهقى والخطيب : الصحيح أنه عن سماك مرسلا ، ورواه ابن أبى شيبة عن الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة : « أن رجلين ادعيا بعيرا ، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له ، فقضى النبى صلى الله عليه وسلم به بينهما » ووصله الطبرانى بذكر جابر بن سمرة فيه باسنادين فى أحدهما حجاج بن أرطأة والراوى عنه سويد بن عبد العزيز وفى الآخر ياسين الزيات والثلاثة ضعفاء اهـ . قال الشوكانى بعد أن نقل ما مضى

من كلام الحافظ ابن حجر قال المنذرى فى مختصر السنن حاكيا عن النسائى أنه قال : هذا خطأ ، ومحمد بن كثير المصيصى هو صدوق الا أنه كثير الخطأ . وذكر أنه خولف فى اسناده ومتنه . قال المنذرى : ولم يخرجه أبو داود من حديث محمد بن كثير وانما أخرجه باسناد كلهم ثقات اهـ وقد ذكر أبو داود لحديث أبى موسى ثلاثة أسانيد ليس فى واحد منها محمد بن كثير اهـ .

اما الأحكام فانه اذا ادعى عليه أنه أقرضه أو غصب منه شيئا — فان قال المدعى عليه : ما أقرضتنى أو ما غصبت منك شيئا صح الجواب ، لأنه أجاب عما ادعى عليه . وان قال : لا تستحق على شيئا مما ادعيت به عن ، صح الجواب ولا يكلف الجواب انه ما اقترض منه لأنه قد يقترض منه ثم يقضيه أو يبريه ، فاذا أنكره كان كاذبا ، وان أقر له بذلك احتاج أن يقيم البينة على القضاء أو البراءة فيستضر بذلك . وان ادعى عليه أنه باع منه شيئا أو وهب منه شيئا — فان قال المدعى عليه : ما بعت منك ولا وهبت منك صح الجواب وان قال : لا يستحق ذلك على أو لا يلزمنى تسليمه اليك صح الجواب ولا يستحق ، لأنه قد يبيع أو يهب منه ثم يفسخ فلم يكلف الجواب على نفى البيع أو الهبة .

فــــرع اذا ادعى رجل على رجل دينا فى ذمته فأنكره ولا بينة للمدعى فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ولأن الأصل براءة ذمته فكان القول قوله .

فــــرع اذا ادعى على رجل عينا فى يده فأنكر ولا بينة للمدعى فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لما روى وائل بن حجر أن رجلا من حضرموت أتى النبى صلى الله عليه وسلم ومعه رجل من كنده فقال الحضرمى : يا رسول الله ان هذا غلبنى على أرض كانت لأبى فقال الكندى : أرضى وفى يدى أزرعها لا حق له فيها فقال النبى صلى الله عليه

وسلم للحضرمى : آلك بينة ؟ فقال : لا فقال النبى صلى الله عليه وسلم لك يمينه فقال : انه فاجر لا يبالى على ما حلف فقال النبى صلى الله عليه وسلم ليس لك منه الا ذلك » وروى الأشعث بن قيس رضى الله عنه أنه قال : « كانت أرض بينى وبين يهودى فجحدنى فأتيت به النبى صلى الله عليه وسلم فقال لى : ألك بينة ؟ فقلت : لا ، فقال اليهودى : أحلف فقلت : اذن يحلف يذهب بالمال » ولأن اليد تدل على الملك فكانت جنبته آقوى وكان القبول قوله .

فــــرع وان كان فى يد رجلين فادعى كل واحد منهما جميعها ولا بينة لأحدهما قال الشافعى رضى الله عنه : حلف كل واحد منهما لصاحبه على ما ادعاه قال أصحابنا : ليس هذا على ظاهره لأن كل واحد منهما يدعى جميعها ، وليس فى يد كل واحد منهما الا نصفها ، بل يجب على كل واحـد منهما أن يحلف لصاحبه على النصف الذى هو فى يده ، فان حلف كل واحد منهما لصاحبه قسمت العين بينهما نصفين لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن رجلين تنازعا دابة وليس لأحد منهما بينة فجعلها النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ولا يكون ذلك الا اذا حلف كل واحد منهما لصاحبه ، فان حلف أحدهما لصاحبه ونكل الآخر ردت اليمين على الحالف ، فان حلف على النصف الذى فى يد الناكل قضى له بجميعها .

فــــرع فى حديث البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم عرض اليمين على قوم فأسرعوا فامر أن يسهم بينهم فى اليمين أيهم يحلف » وفى رواية عند أحمد وأبى داود وابن ماجه عنه : « أن رجلين تدارآ فى دابة ليس لواحد منهما بينة فأمرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين أحبا أو كرها .

قال الخطابى : الاكراه هنا لا يراد به حقيقته لأن الانسان لا يكره على اليمين وانما المعنى اذا توجهت اليمين على اثنين وأرادا الحلف ســواء كانا كارهين لذلك بقلبهما وهو معنى الاكراه أو مختارين لذلك بقلبهما وهــو معنى المحبة وتنازعا أيهما يبدأ فلا يقــدم أحدهما على الآخر بالتشهى بل

بالقرعة ، وهو المراد بقوله فليستهما أى فليقترعا • وقيل : صورة الاشتراك فى اليمين أن يتنازع اثنان عينا ليست فى يد أحدهما ولا بينة لواحد منهما فيقرع بينهما فمن خرجت اه القرعة حلف واستحقها ، ويدل على ذلك رواية أبى هريرة الأخرى عند أحمد وأبى داود : « اذا كره الاثنان اليمين أو استحباها فليستهما عليها » ويحتمل أن تكون قصة أخرى فيكون القوم المذكورون مدعى عليهم بعين فى أيديهم مثلا وأنكروا ولا بينة للمدعى عليهم فتوجهت عليهم اليمين فسارعوا الى الحلف والحلف لا يقع معتبرا الا بتلقين الحلف ، فقطع النزاع بينهم بالقرعة فمن خرجت له بدىء به • وقال البيهقى فى بيان معنى الحديث : ان القرعة فى أيهما تقدم عند ارادة تحليف القاضى لهما ، وذلك أنه يحلف واحد ثم يحلف الآخر فان لم يحلف الثانى بعد حلف الأول قضى بالعين كلها للحالف ، وان حلف الثانى فقد استويا فى اليمين فتكون العين بينهما كما كانت قبل أن يحلفا • وقد حمل ابن الأثير فى جامع الأصول الحديث على الاقتراع فى المقسوم بعد القسمة وهو بعيد ويرده رواية (فليستهما عليها) أى على اليمين كما سيأتى فى الفصل بعد هذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان تداعيا عينا ولأحدهما بينة وهى فى يدهما او فى يد احدهمـا او فى يد غيرهمـا حكم لمن له البينـة لقوله صلى الله عليـه وسلم « شاهداك او يمينه » فبدأ بالحكم بالشهادة ، ولان البينة حجة صريحة فى اثبات الملك لا تهمة فيها ، واليد تحتمل الملك وغيره ، والذى يقويها هو اليمين ، وهو متهم فيها فقدمت البينة عليها ، وان كان لكل واحد منهما بينة نظرت فان كانت العين فى يد احدهما قضى لمن له اليد من غير يمين ومن اصـحابنا من قال : لا يقضى لصـاحب اليد من غير يمين لأن بينته تعارضـها بينة المدعى فتسقطها ويبقى له اليد واليد لا يقضى بها من غير يمين والمنصوص انه يقضى له من غير يمين لأن معه بينـة معها ترجيح ، وهـو اليد ، ومع الآخر بينـة لا ترجيح معها والحجتان اذا تعارضتا ومع احداهما ترجيح قضى التى معهـا الترجيح كالخبرين اذا اذا تعارضا ومع احدهما قياس • وان كانت العين فى يد احدهما فاقام الآخر بينة فقضى له ، وسلمت العين اليه ثم اقام صاحب اليد بينة انها له نقض الحكم وردت العين اليه لانا حكمنا للآخر ظنا منا انه لا بينة له فاذا اتى بالبينة بان لنا انه كانت له يد وبينة فقدمت على بينة الآخر) •

الشرح حديث « شاهداك أو يمينه » مضى فى الفصل قبله تخريجه حيث وقع جزءا من حديث الأشعث بن قيس وبمعناه فى حديث وائل بن حجر •

أما اللغات فقوله (بينة معها ترجيح) قال فى الطراز المذهب : مأخوذ من رجحان الميزان ، ورجحت بفلان اذا كنت أرزن منه • وقوم مراجيح فى الحلم • ومعنى عبارة المصنف أن تكون احدى الحجتين أقوى بزيادة شىء ليس فى الأخرى قلت : ومنه رجح الميزان يرجح رجوحا ورجحانا •

أما الأحكام فان تداعيا عينا وأقام أحدهما بينة قضى بها لصاحب البينة سواء كانت العين فى يد صاحب البينة أو فى يد المدعى الآخر أو فى يد ثالث أو لا يد لأحدهما عليها لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فبدأ بالحكم بالبينة فدل على أنهـا أقوى حجة ، وهذا قد أقام البينة فحكم له بها • وان ادعيا عينا فى يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها لصاحب اليد •

اذا ثبت هذا فهل يجب على صاحب اليد أن يحلف مع بينته حكى أكثر أصحابنا فيها وجهين ، المنصوص أنه لا يجب عليه أن يحلف مع بينته ، وحكاهما ابن الصلاح قولين بناء على البينتين اذا تعارضتا ، وفيه قولان (أحدهما) يسقطان فعلى هـذا لابد أن يحلف صاحب اليـد (والثانى) يستعملان ، فعلى هـذا ترجح بينـة صاحب اليد بيده فلا يجب عليه أن يحلف ، وانما تسمع بينة صاحب اليد بعـد أن يقيم المدعى الذى لا يد له بينة ليعارض بها بينة الخارج • فان أراد صاحب اليد أن يقيم بينته قبل أن يقيم الذى لا يد له بينة الخارج • فان أراد صاحب اليد أن يقيم بينته قبل أن يقيم الذى لا يد له بينة فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أنها تسمع لأنها مسموعة فى الحكم فسمعت كما لو أقامها بعد أن أقام خصمه بينته (والثانى) لا تسمع ، وهو ظاهر المذهب ، لأنه محكوم له بالملك بمجرد اليد فلا فائدة فى اقامة البينة ، وهل تقبل بينة صاحب اليد بالملك له مطلقا من غير ذكر سبب الملك ؟ فيه وجهان ، وحكاهما

بعض أصحابنا قولين ، قال فى القديم : لا يقبل حتى يضيفه الى سبب لأنها تشهد له بالملك لأجل اليد ، وقال فى الجديد : تقبل مطلقا وهو الأصح ، لأن الظاهر من حالهم أنهم لم يتعمدوا فى شهادتهم يدا منازعة ، وانما شهدوا بالملك بسبب عرفوه غير اليد •

فــرع اذا كانت العين فى يد أحدهما فأقام الذى لا يد له بينة فحكم له بها ، وسلمت العين اليه ، ثم أقام صاحب اليد بينة أنها له نقض الحكم الأول وسلمت الى صاحب اليد الأول لأنا قد حكمنا لمن لا يد له ظنا منا أنه لا بينة لصاحب اليد فاذا أقام البينة فقد بان أن له يدا وبينة فقدمت بينته على بينة الآخر •

فــرع فى مذاهب العلماء فيما اذا ادعيا عينا فى يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينته فقد قلنا : ان مذهبنا أنه يحكم بها لصاحب اليد وبهذا قال شريح والنخعى والحكم ومالك وأبو ثور وأبو عبيد أبو الخطاب من الحنابلة ، وزعم أنها رواية ثالثة عن أحمد رحمه الله وأنكر عليه القاضى أبو بكر عزوها الى أحمد بن حنبل قلت : وهو أول أهل المدينة وأهل الشام والمشهور عن أحمد أن بينة من لا يد له أقوى بكل حال • وقال ابن قدامة : ان من ادعى شيئا فى يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة فان بينة المدعى تسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا تعارضتا ، فالمشهور عنه تقديم بينة المدعى ، ولا تسمع بينة المدعى عليه وهذا قول اسحق (يعنى ابن راهويه) وعنه رواية ثانية : ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك وقالت تنجت فى ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخا قدمت ، والا قدمت بينه المدعى اهـ •

وقال أبو حنيفة : اذا أقام المدعى البينة ثم أراد المدعى عليه أن يقيم البينة فى مقابلته نظر ــ فان كانت تشهد بملك مطلق أو ملك مضاف الى سبب يتكرر ذلك السبب مثل أن تكون الدعوى فى آنية تسبك أو تصاغ ثانيا أو ثالثا أو فى ثوب كتان أو صوف ينقض ثم ينسج لم تسمع بينته •

وان كانت بينــة تشهد بملك مضــاف الى سبب لا يتكرر مثل أن تكون الدعوى فى الدابة وشهدت بينة المدعى أن الدابة تنجت فى ملكه وشهدت بينة المدعى عليه أنها له تنجت فى ملكه فها هنا بينة الذى لا يد له عليها أولى من بينة صاحب اليد . قال الكاسانى فى بدائع الصنائع : وأما حكم تعارض الدعويين مع تعارض البينتين فالكلام فيه يقع فى موضعين (أحدهما) فى بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائمتين على أصل الملك (والثانى) فى بيان حكم تعــارض البينتين القائمتين على قدر الملك . أما الأول فالأصل أن البينتين اذا تعارضتا فى أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احداهما على الأخرى ـــ يعمل بالراجح لأن البينة حجة من حجيج الشرع ، والراجح ملحق بالمتيقن فى أحكام الشرع ، وان تعــذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به ، وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه العمل بهمــا لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان : وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقــا بالعــدم ، اذ لا حجة مع المعارضــة كما لا حجة مع المناقضة .

وجملة القول فى ذلك أن الدعوى ثلاثة أنواع : دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليــد والنسب أما دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذى اليــد واما أن تكون من الخارجين على ذى اليد ، واما أن تكون من صاحبى اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذى اليد دعوى الملك وأقاما البينة فلا تخلو اما أن قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما أن قامتا على ملك مؤقت ، واما أن قامت احداهما على ملك مطلق والأخرى على ملك مؤقت . وكل ذلك لا يخلو اما أن كانت بسبب وأما أن كانت بغير سبب ، فان قامتا على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا انتهى .

دليلنا حديث جابر بن عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم اختصم اليه

رجلان فى دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليـه وسلم للذى هى فى يده » ولأن الأصـل معه ويمينه تقدم على يمين المدعى ، فاذا تعارضت البينتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما ، لأن تعارض البينتين من حيث الظاهر يحتاج الى مرجح فكانت بينة ذى اليد باليد فكان العمل بهـا أولى ولهذا عملنا ببينته فى دعوى النكاح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان كان لكل واحد منهما بينة والعين فى يدهما أو فى يد غيرهما أو لا يد لأحدهما عليها تعارضت البينتان ، وفيهما قولان (أحدهما) أنهما يسقطان وهو الصحيح لأنهما حجتان تعارضتا ولا مزية لاحداهما على الأخرى فسقطتا كالنصفين فى الحادثة فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو تداعيا ولا بينة لواحد منهما (والثانى) أنهما يستعملان وفى كيفيـة الاستعمال ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يوقف الامر الى أن ينكشف أو يصطلحا لان احداهمـا صادقة والأخرى كاذبة ويرجى معـرفة الصادقة فوجب التوقف كالمراة اذا زوجها وليان أحدهما بعد الآخر ونسى السابق منهما (والثـانى) أنه يقســم بينهما لأن البينة حجة كاليد ، ولو استويا فى اليد قسم بينهمـا فكذلك اذا استويا فى البينة (والثالث) أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له ، لأنه لا مزية لاحداهما على الاخرى فوجب التقديم بالقرعة كالزوجتين اذا اراد الزوج السفر باحداهما) ••**

الشرح اذا ادعى رجلان عينا فى يد ثالث ولا يد لأحد عليها وأقام كل واحد من المدعيين أن جميعها له ، ففيـه قولان (أحدهما) أن البينتين تسقطان فتكون كما لم تكن معهما بينة (والثانى) لا تسقطان بل تستعملان لأنهما حجتان تعارضتا فاذا أمكن استعمالهما لم يسقطا كالخبرين اذا تعارضا فى الحادثة وأمكن استعمالهما ، فاذا قلنا يستعملان ففى كيفيـة استعمالهما ثلاثة أقوال (أحدها) يوقف الأمر الى أن يصطلحا • قال الربيع : وهـو الأصح لأن احداهما صادقة فى الباطن والأخرى كاذبة ، ويرجى انكشـاف الصادقة منهما فوجب الوقف الى تبين الصادقة ، كما لو زوج المرأة وليان لها من رجلين وسبق أحدهما وأشكل السابق (والثانى) تقسم العين بين المدعيين •

فـــرع اذا قلنـا : يقرع بين المدعين اذا تساوت بيناتهم فهل يحلف من خرجت له القرعة ؟ فيه قولان (أحدهما) يحلف لأن القرعة ضعيفة فرجحت باليمين ورجحت بها البينة فيكونان بمجموعهما قائمين مقام اليـد يترجح بها احدى البينتين •

(والثانى) لا يجب عليه أن يحلف وهـو الأصح لأن البينـة ترجحت بالقرعة ، لأن كل دليلين تقابلا ووجد مع أحدهما ترجيح قدم ولم يطلب ترجيح آخر كما لو كان مع أحد البينتين يد ، والصحيح أنهما تسقطان •

(والقول الثـالث) أن يقرع بينهمـا فمن خرجت له القرعة حكم له بالعين لحديث سعيد بن المسيب « أن خصمين تداعيا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأتى كل واحد منهما بالشهود فأسهم بينهما » •

فـــرع فى مذاهب العلمـاء فيما تقدم : قد ذكرنا أنه اذا ادعى رجلان عينا فى يد ثالث ولا يد لأحدهما وأقاما بينتين ففيه قولان (أحدهما) سقوط البينتين ، بذلك قال مالك • وقال أحمد : تسقط البينتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة (والقول الثانى) تقسم العين بين المدعيين وبهذا قال ابن عمر وابن الزبير واحدى الروايتين عن مالك وأحمد وهو قول الثورى والقديم عند الشافعى وقول أبى حنيفة لحديث أبى موسى الأشعرى أن رجلين اختصما فى بعير فأقام كل واحد منهما بينة أنه له فجعله النبى صلى الله عليه وسلم بينهما » ولأن البينة حجة كاليد ولو كان لكل واحد منهما يد لقسمت العين بينهما فكذلك اذا كان لكل واحد منهما بينة والرواية الثانية لأحمد أن البينتين تستعملان وفى كيفية استعمالهما ثلاثة أقوال للشافعى مضى ذكرهما آنفا وروايتان لأحمد (احداهما) تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلى وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفـة وأحد أقوالنا الثلاثة • لحديث أبى موسى (والرواية الثانية) تقدم احداهما بالقرعة وهى أحد الأقوال الثلاثة عندنا أيضا ، وللشافعى قول رابع بوقف الأمر حتى يتبين ، وهو قول أبى ثور لأنه اشـتبه فى الأمر فوجب التوقف كالحاكم اذا لم يتضح له حكم فى قضيته •

ولنا أن البينتين تسقطان وحديث سعيد بن المسيب مرسل وقد مضى الكلام فى أول الباب وكذلك حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه محمول على أن العين كانت بأيديهما كما رجح ذلك صاحب البيان وغيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر اربعة وأكثر فهما متعارضتان ، وفيهما القولان لأن الاثنين مقدران بالشرع ، فكان حكمهما وحكم ما زاد سواء وان كانت احدى البينتين اعدل من الأخرى فهما متعارضتان وفيهما القولان ، ولأنهما متساويتان فى اثبات الحق • وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدا وامرأتين فهما متعارضتان وفيهما القولان • لأنهما يتساويان فى اثبات المال • وان كانت بينة احدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدا ويمينا ففيه قولان (أحدهما) أنهما يتعارضان وفيهما القولان ، لأنهما تساويا فى اثبات المال (والقول الثانى) أنه يقضى لمن له الشاهدان لان بينته مجمع عليها وبينة الآخر مختلف فيها) •**

الشرح اذا كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر أربعة أو أكثر فقال أصحابنا العراقيون : انهما متعارضتان ولا يرجح كثير العدد وحكى المسعودى أن الشافعى رضى الله عنه قال فى القديم : ترجح البينة بكثرة عدد الشهود والمشهور عن الشافعى القول الأول •

فرع فى مذاهب العلماء : قال مالك فيما أفاده المسعودى والعمرانى وغيرهما انه ترجح البينة بكثرة العدد • وقال الأوزاعى : تقسم العين بين المدعيين على عدد الشهود فيكون لصاحب الشاهدين ثلث العين ولصاحب الأربعة ثلثاها • وقال أحمد وأكثر أهل العلم والمشهور من مذهبنا أنه لا ترجح احدى البينتين بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة وكذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنهم •

دليلنا أن عدد الشهود أمر مقدر بالشرع لا يدخل الاجتهاد فيه ، كالدية لما قدرت بالشرع لا يجوز أن يدخل فيها الاجتهاد باختلاف المقتول بالطول والعرض والقصر ، ويخالف الخبر فانه يجتهد فى قبول خبر الواحد دون

العدد فرجح بالزيادة ، والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقا بهما دون اعتبار الظن ، ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين ، وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى المال ، لأن كل واحدة من البينتين حجة فى المال فاذا اجتمعتا تعارضتا •

فرع وان أقام كل واحد منهما بينة عادلة الا أن بينة أحدهما أعلم وأعف وأشهر فى العدالة فانها لا تقدم على بينة الآخر فيما تعارضا فيه هذا هو المشهور من مذهبنا وادعى المسعودى أن للشافعى قولا آخر وهو تقديم البينة الأعلم والأعف والأشهر ، وهذا هو مذهب مالك • ومذهب أحمد كالمشهور من مذهبنا •

دليلنا أنهما متساويان فى العدالة المعتبرة فكانتا متعارضتين كما لو استويا فى العدالة •

فرع اذا أقام أحدهما شاهدين وأقام الآخر شاهدا وحلف معه أو شاهدا وامرأتين ففيهما قولان (أحدهما) أنهما متعارضتان لأنهما متساويتان فى اثبات المال (والثانى) يقضى لمن معه الشاهدان على من معه الشاهد واليمين ، ولمن معه الشاهد والمرأتان على من معه الشاهد واليمين لأنها بينة مجمع عليها والشاهد واليمين مختلف فيها • وعند الحنابلة وجهان كالقولين والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كانت العين فى يد غيرهما فشهدت بينة احدهما بأنه ملكه من سنة وشهدت بينة الآخر انه ملكه من سنتين ففيه قولان (قال فى البويطى) هما سواء لأن القصد اثبات الملك فى الحال وهما متساويتان فى اثبات الملك فى الحال (والقول الثانى) ان التى شهدت بالملك المتقدم أولى وهو اختيار المزنى وهو الصحيح لأنها انفردت باثبات الملك فى زمان لا تعارضها فيه البينة الأخرى ، وأما اذا كان الشىء فى يد احدهما فان كان فى يد من شهد

له بالملك المتقدم حكم له وان كان فى يد الآخر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال ابو العباس رحمه الله : يبنى على القولين فى المسئلة قبلها ان قلنا : انهما يتساويان حكم لصاحب اليد ، وان قلنا ان التى شهدت بالملك المتقدم تقدم ، قدمت ههنا أيضا لأن الترجيح من جهة البينة أولى من الترجيح باليد ، ومن اصحابنا من قال : يحكم به لمن هو فى يده قولا واحدا ، لأن اليد الموجودة أولى من الشهادة بالملك المتقدم . وأما اذا تداعيا دابة وأقام أحدهما بينة انها ملكه نتجت فى ملكه وأقام الآخر انها دابته ولم يذكر النتاج ؛ فقد اختلف أصحابنا فيه فقال ابو العباس : الحكم فيه كالحكم فى الشهادة بالملك المتقدم وفيهما قولان لأن الشهادة بالنتاج كشهادته بالملك المتقدم وقال ابو اسحق يحكم لمن شهدت له البينة بالنتاج قولا واحدا لأن بينة النتاج تنفى أن يكون الملك لغيره ، والبينة بالملك المتقدم لا تنفى ان يكون الملك قبل ذلك لغير المشهود له).

الشرح اذا كانت عين فى يد رجل فادعى رجل ملكها وأقام بينة على أنها ملكه منذ سنتين لا يعلم أنه زال عنه الى الآن وادعى الآخر أنه ملكه وأقام بينة أنها ملكه منذ سنة لا يعلم أنه زال عنه الى هذه الحالة ففيه قولان (أحدهما) يحكم لمن شهدت له البينة بالملك المتقدم ولهذا يجب على المشهود عليه نماء تلك العين وأجرتها فى تلك المدة ، وانما تعارضتا فى اثبات الملك فيما بعد ذلك فاذا سقطتا فيما تعارضتا فيه بقى اثبات الملك له فيما قبل ذلك فوجب استدامته (والثانى) أنهما سواء ، لأن الاعتبار بالبينة فى اثبات الملك فى الحال ، وهما متساويتان فى ذلك . فاذا قلنا بهذا فهما متعارضتان ، فان قلنا : يسقطان عند التعارض كان القول قول من العين فى يده ، وان ادعاها لنفسه حلف لكل واحد منهما يمينا ، وان أقر بها لأحدهما كانت له ، وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان . وان أقر بها لهما قسمت بينهما ، وهل يحلف لكل واحد منهما على النصف ؟ فيه قولان . وان قلنا : لا يسقطان بل يستعملان - فان قلنا بالوقف وقفت العين بينهما الى أن يصطلحا عليها . وان قلنا بالقسمة قسمت بينهما ، وان قلنا بالقرعة أقرع بينهما ، فان كانت بحالها وشهدت بينة أحدهما أنها ملكه فى الحال وشهدت بينة الآخر أنها ملكه منذ شهر الى هذه الحال فقال أكثر أصحابنا : هى على قولين كالتى قبلها ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : هما سواء قولا واحدا . وان كانت العين فى يد أحد المتداعيين وشهدت بينة أحدهما أنها ملكه منذ سنة الى هذه الحال ،

وشهدت بينة الآخر أنها ملكه منذ شهر الى هـذه الحال نظرت فان كانت الدار فى يد من شـهدت له البينة بالملك المتقـدم ــ حكم له بالعين قولا واحدا ، لأن معه ترجيحين : اليد والشهادة بتقادم الملك ، وان كانت فى يد الآخر فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق : يبنى على القولين فيما اذا كانت العين فى يد غيرهما ــ فان قلنا هناك : انهما متعارضتان حكم بهـا لصاحب اليد لأن البينتين قد تساوتا وانفرد صاحب اليد باليـد فحكم له بها ، وان قلنا : انه يحكم بها لمن شهدت له البينة بالملك المتقدم حكم بها له ها هنا أيضا ، لأن معه ترجيحا من طريق البينة ، ومع الآخر ترجيح من قبل جهة اليد ، والترجيح من جهة البينة تقدم على الترجيح من جهة اليد ، ومن أصحابنا من قال : يحكم بها لصاحب اليد قولا واحدا وهو ظاهر المذهب لأنهما يتساويان فى اثبات الملك فى الحال باثبات الملك المتقدم ، وللآخر مزية باليد الموجودة واليد الموجودة أولى من اثبات الملك المتقدم ألا ترى أنه لو كان فى يد رجل عين وادعاها آخر وأقام بينة أنها كانت له منذ سـنة فانه لا يحكم له فيها وكذلك هذا مثله •

فـــرع فى أقوال العلماء فيما تقدم : سبق قولنا ان العين اذا كانت فى يد رجل نازعه آخر كانت لمن شهدت له البينة بالملك المتقدم فى أصح القولين وبه قال أبو حنيفة والمزنى وهو ظاهر مذهب أحمد وقال القاضى من أصحابه : يقرع بينهما وهو أحد القولين للشافعى والله أعلم •

فـــرع اذا كانت عين فى يد رجل فادعى رجل ملك جميعهـا ، نصفها لم تعارضه فيه بينـة الآخر وأما النصف الثـانى فقد تعارض فيه البينتان ــ فان قلنا : ان البينتين اذا تعارضتا سقطتا رجع الى من العين فى يده ، وان ادعى ذلك النصف لنفسه حلف لكل واحد منهما يمينا ، وان أقر أنه لأحدهما كان له ، وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان يأتى بيانهما ، وان أقر به لهمـا كان بينهما وهل يحلف لكل واحد منهمـا على الربع ؟ على القولين ، وان قلنا : يستعملان ــ فان قلنـا : يقسم ــ قسم ذلك النصف بينهمـا نصفين فيكون لمدعى الجميـع ثلاثة أرباع العين ولمدعى النصف

ربعها • وان قلنـــا بالقرعة أقرع بينهمـــا عليه ، وهل يحلف من خرجت له القرعة ؟ على القولين • وقال أبو العباس بن سريج : اذا قلنا : ان البينتين يسقطان فى النصف الذى تعارضا فيه فهل تسقط بينـــة مدعى الجميع فى النصف الآخر ؟ فيه قولان بناء على أن البينة اذا ردت فى بعض شيء فهل ترد فى الباقى ؟ فيه قولان وهو اختيار القاضى أبى الطيب والمسعودى وقال الشيخ أبو حامد : الأول أصح ، لأن القولين أنهما اذا ردت الشهادة فى بعض الشيء فاما للتهمة واما للتعارض فلا ترد قولا واحدا ، ألا ترى أنا اذا قلنا : يقسم المشهود به فقد أسقطنا البينة فى بعض ما شهدت به ولا تسقط فى الباقى •

فـــرع اذا كانت العين فى يد رجلين فادعى كل واحد منهما جميعها وأقام على ما ادعاه بينة فقد ذكر الشيخ أبو اسحاق فى التنبيه أن الحكم فيه كما لو ادعى كل واحد منهما جميعها وأقام بينة والعين فى يد غيرهما ولا يد لأحدهما عليها • وقال الشيخ أبو حامد : تكون العين بينهما ، وهل يحتاج كل واحد منهما أن يحلف على النصف الذى فى يده مع بينته ؟ فيه قولان • وقال المسعودى : اذا قلنا تسقط البينتان عند التعارض كان كما لو لم يقيما بينة فيحلفان وتقسم بينهما ، وان قلنا : تستعملان فيجيء فيه قولا القسمة ولا يجيء فيه الوقف ، لأنه لا معنى للوقف مع ثبوت اليد ، وهل تجيء فيه القرعة ؟ فيه وجهان ، وان كانت العين فى يد رجلين فادعى أحدهما جميعهـــا وادعى الآخر ثلثها وأقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه فانه يقضى لمدعى ثلثها بثلثها لأن اليد على نصفها الا أن بينته لم تشـــهد له الا بثلثها فقضى به ، ويقضى لمدعى الجميع بثلثيها لأن له يدا وبينـــة على نصفها وله بينـــة بسدسها وللآخر فيه يد بلا بينة والبينة مقدمة على اليد •

فـــرع وان كانت فى يد رجل دابة فادعاها رجلان وأقام أحدهما بينة أنها ملكه فى هذه الحال وأقام الآخر بينة أنها ملكه فى هذه الحال وأنها نتجت فى ملكه فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس بن سريج : فيه قولان كما لو شهدت بينة لأحدهما بملك متقدم (أحدهما) أنهما سواء فيكونان

متعارضتين والحكم فى متعارضتين ما مضى (والثانى) أن الذى شهدت بينته بالملك المتقدم أولى فتقدم ههنا بينة من شهدت له بالنتاج لأن الشهادة له بالنتاج كالشهادة بالملك المتقدم ، وقال أبو اسحق المروزى : يحكم بها لمن شهدت البينة بالنتاج قولا واحدا ، لأن التى شهدت بالملك المتقدم لا تنفى أن يكون الملك لغيره فيما قبل هـذه المدة ، ويجوز أن يكون الملك فيهـا لخصمه ، والتى شهدت له بالنتاج فى ملكه نفت أن يكون الملك لغيره فيهـا قبل النتاج ، وان ادعيا زرعا فى يد غيرهما فأقام أحدهما بينة أنه ملكه فى هذه الحال وأقام الآخر بينة أنه زرعه فى ملكه ففيه طريقان كما قلنـا فيمن شهدت له بينة بالملك وشهدت للآخر فى ملكه ففيه طريقان كما قلنـا فيمن شهدت له بينة بالملك وشهدت للآخر بينة بالملك فى النتاج • قال فى الأم : وان ادعى رجل دابة وأقام بينة أنها ملكه منذ عشر سنين فنظر الحاكم الى دابة فاذا لها سـنتان لم يحكم للمدعى بالدابة لأنه بان كذب بينته فيمـا شهدت به لأن الدابة التى لهـا سنتان لا يجوز أن تكون ملكه منذ عشر سنين ، وان كان فى يد رجل عين وادعاها آخر وأقام بينة أنها له منذ سـنة وأقام صاحب اليد بينة أنه فى يده منذ سنتين قدمت بينة الخارج لأنها تشهد بالملك وبينة الآخر تشهد باليد ، والملك مقدم على اليد •

فـــرع اذا كانت عين فى يد رجل فجاء زيد فادعاها وأقام بينـة عليها فحكم له بها وسلمت اليه ثم جاء عمرو وادعاها وأقام عليها بينـة قال أبو العباس بن سريج : فقد تعارضت البينتان ، فان قلنا : تسقطان كان كما لو لم تكن بينة ، وان قلنا : تستعملان فهل يحتاج زيد الى اقامة بينة ليعارض بها بينة عمرو ؟ على القولين فى البينتين اذا كانت احداهمـا تشـهد بملك متقدم ، فان قلنا : ان التى شهدت بالملك المتقدم تقدم على الآخر لم يحتج زيد الى اعادة بينة لأنها ثابتة له فى الحال وفيما قبل ، فتكون كما لو أقامها فى الحال ، وان قلنا : ان البينة التى شهدت بالملك المتقدم تساوى البينـة الأخرى فهل يحتاج زيد الى اقامة بينة ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يحتاج الى اعادتهما وبه قال أبو حنيفة لأنها أثبتت الملك له يوم الشهادة ، والأصل بقاء ذلك الملك الى أن يعلم خلافه (والثانى) يحتـاج الى بينتـه لأن الحكم

والتعارض فى الملك فى الحال وبينة زيد لم تشهد له بالملك فى الحال وانما شهدت له بالملك فى وقت متقدم ، فلابد أن يثبت له الملك فى الحال ليعارض البينة التى تشهد لعمرو فى الملك فى الحال •

مسألة لم يعرض لها المصنف هنا : قال الشافعى رضى الله عنه : ولو كانت الدار بين ثلاثة أنفس فادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والآخر السدس وجحد بعضهم بعضا فهى لهم على ما فى أيديهم ثلثا ثلثا • فاعترض معترض على الشافعى فقال : كيف يجعل لمدعى السدس الثلث وهو لا يدعى الا السدس فقال أصحابنا فيما أورده العمرانى فى البيان : أراد الشافعى رحمه الله اذا كانت الدار فى يد ثلاثة فادعى كل واحد منهم جميع الدار الا أن أحدهم قال : نصفها ملكى والنصف الآخر وديعة فى يدى لرجل غائب أو عارية وقال الآخر : ثلثها ملكى وثلثاها وديعة فى يدى أو عارية وقال الآخر : سدسها ملكى والباقى منها وديعة عندى أو عارية فانه يجعل لكل واحد منهم ههنا ثلث الدار كما قال الشافعى لأن يده ثابتة عليه ، والدليل على أنه أراد ذلك أنه قال : وجحد بعضهم ، ولا يتصور التجاحد بينهم الا على ما ذكرناه•

فأما اذا كانت فى أيديهم وادعى أحدهم ملك نصفها لا غير وادعى الثانى ملك ثلثها لا غير وادعى الثالث ملك سدسها لا غير وأقام كل واحد منهم بينة على ما ادعاه فانه يحكم لمدعى الثلث بالثلث لأن له فيه يدا وبينة ويحكم لمدعى السدس بالسدس لأن له فيه يدا وبينة وأما مدعى النصف ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد الاسفراينى (أحدهما) أنه يحكم له بنصف الدار لأن له يدا على الثلث وله بينة على السدس فى يد مدعى السدس ، وليس لمدعى السدس عليه الا يدا أو الا يد عليه فحكم به لمدعى النصف (والثانى) أن يحكم لمدعى النصف بالثلث الذى فى يده ويحكم له بنصف السدس مما فى يد مدعى السدس فيبقى فى يد مدعى السدس السدس ونصف السدس لأن مدعى النصف انما يدعى بالسدس الزائد على الثلث فى يد مدعى الثلث ومدعى السدس بدليل أنه لو لم يكن معه بينة لكان له أن يستحلفها عليه ، فاذا كان ذلك مشاعا بينهما لم يكن له أن يأخذ شيئا مما فى يد مدعى الثلث لأن له فيه يدا وبينة فلم يبق الا نصف السدس مما فى يد صاحب السدس •

فــرع وان كانت الدار فى يد ثلاثة فادعى أحدهم ملكها جميعا وأقام على ذلك بينة وادعى الثانى ملك نصفها وأقام على ذلك بينة وادعى الثالث ملك ثلثها ولا بينة له فانه يحكم لمدعى الكل بالثلث الذى فى يده لأن له فيه يدا وبينة ويحكم لمدعى النصف بالثلث الذى فى يده لأن له فيه يدا وبينة ، وأما الثلث الذى فى يد الثالث فانه يحكم بنصفه وهو السدس لمدعى جميعها ، لأن له بينة لا يعارضها فيه بينة الآخر ، وأما السدس الباقى فى يد مدعى الثلث فقد تعارض فيه بينة مدعى الجميع وبينة مدعى النصف • فان قلنا : يسقطان رجع فيه الى قول من هو بيده ، فان قلنا : يستعملان — فان قلنا بالوقف وقف وان قلنا بالقسمة قسم بينهما ، وان قلنا بالقرعة أقرع بينهما •

فــرع وان كانت دار فى يد أربعة رجال فادعى أحدهم ملك جميعها وادعى الثانى ملك ثلثيها وادعى الثالث ملك نصفها وادعى الرابع ثلثها ، فان لم تكن مع أحدهم بينة فالقول قول كل واحد منهم مع يمينه فى الربع الذى فى يده وتقسم بينهم أرباعا ، وان أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه قضى لكل واحد منهم بالربع الذى بيده لأن له فيه يدا وبينة ، وان كانت الدار فى يد غيرهم فان لم يقم أحد منهم بينة فالقول قول من الدار بيده مع يمينه ، وان أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فانه يحكم لمدعى الجميع بثلث الدار لأن له فيه بينة لا تعارضها منه بينة أخرى • وأما الثلثان ففيه تعارض. السدس الذى بين النصف والثلثين تعارض فيه بينتان بينة مدعى الجميع وبينة مدعى الثلث ، والسدس الذى بين النصف والثلث تعارض فيه ثلاث بينات بينة مدعى الجميع ، وبينة مدعى الثلثين ، وبينة مدعى النصف ، والثلث الباقى تعارض فيه الأربع البينات فيبنى على القولين فى البينتين اذا تعارضتا فان قلنا : يسقطان صار كما لو لم تكن بينة فى الثلثين فيكون القول قول من الدار فى يده مع يمينه فان أنكرهم حلف لكل واحد منهم ، وان أقر به أو بشىء منه لبعضهم قبل اقراره له ، وهل يحلف للباقين ؟ فيه قولان • وان قلنا : ان البينتين اذا تعارضتا استعملتا ففى كيفية الاستعمال لأقوال الثلاثة ، فان قلنا بالوقف وقف الثلثان بينهم

الى أن يصطلحوا عليه ، وان قلنا بالقسمة قسم السدس الذى بين النصف والثلث بين مدعى الجميع ومدعى الثلثين نصفين ، ويقسم السدس الذى بين النصف والثلثين بين مدعى الجميع ومدعى الثلثين ومدعى النصف أثلاثا ويقسم الثلث الباقى بين الأربعة أرباعا فيصير من ستة وثلاثين سهما للمدعى الجميع عشرون اثنا عشر سهما منها ثلث الدار الذى لا ينازعه فيه غيره وثلاثة أسهم من نصف السدس الذى بين النصف والثلثين ، وسهمان بثلث السدس الذى بين النصف والثلث وثلاثة أسهم ربع الثلث ويحصل لمدعى الثلثين ثمانية أسهم ثلاثة نصف السدس بين النصف والثلثين وسهمان ثلث السدس بين النصف والثلث وثلاثة ربع الثلث الباقى ، ويحصل لمدعى النصف خمسة أسهم سهمان ثلث السدس الذى بين النصف والثلثين وسهمان ثلث السدس بين النصف والثلث وثلاثة ربع الثلث الثالث الباقى ويحصل لمدعى النصف خمسة أسهم سهمان ثلث السدس الذى بين لنصف والثلث وثلاثة ربع الثلث ، ويحصل لمدعى الثلث ثلاثة أسهم لا غير هى ربع الثلث ، وان قلنا بالقرعة فعلى هذا يقرع فى ثلاثة مواضع (أحدها) فى الثلث الذى بين النصف والثلثين بين مدعى الجميع ومدعى الثلثين (والثانى) فى السدس الذى بين النصف والثلث بين مدعى الاجميع ومدعى الثلثين ومدعى النصف (والثالث) فى الثلث الباقى بين الأربعة فمن خرجت قرعته على شىء من ذلك كان ذلك له •

فصل فى أقوال العلماء فيما تقدم •

وافقنا أحمد فى احدى الروايتين عنه وهو قياس قول قتادة والحرث العكلى وابن شبرمة وحماد وأبو حنيفة • والقول الثانى للشافعى وهو أن يأخذ مدعى الكل النصف ويوقف الباقى حتى يصطلحا أو يتبين فانه قول أبى ثور ويعزى الى مالك ، وأما قوله فى القديم فهو احدى الروايتين عن أحمد وقول أبى عبيد • وقال أبى ليلى وقوم من أهل العراق : تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان فتصبح من أحد عشر سهما •

فـــائدة سئل سهل بن عبد الله بن أبى أوس عن ثلاثة ادعوا كيسا وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه وادعى آخر ثلثيه وادعى آخر نصفه فأجاب فيهم بشعر يقول :

نظرت أبا يعقوب فى الحسب التى ... طرت فأقامت منهم كل قاعـد
فللمــدعى الثلثين ثلث وللذى ... استلاط جميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ما سينوبه ... وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعى نصــفا من المال ربعه ... ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

قال ابن قدامة : وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكأن المسألة عالت من ستة الى ثلاثة عشر وذلك أنه أخذ مخرج الكســور وهى ستة فجعلها لمدعى الكل وثلثاها أربعة لمدعي الثلثين ونصــفها ثلاثة لمدعى النصف صارت ثلاثة عشر •

فصـــل فان كانت الدار فى أيدى أربعـة فادعى أحدهم جميعهـا والثانى ثلثيها والثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد وله ربعها لأنها فى يده فالقول قول صاحب اليد مع يمينه ، وان أقام كل واحـد بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعا أيضا لأننا قلنا : تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل فى ربعها فتقدم بينته قالوا أعنى الحنابلة : وان قلنا : تقدم بينة الخارج فان الرجلين اذا ادعيا عينا فى يد غيرهما فأنكرهمـا وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء فى يد من هو فى يده • وهكذا كل ما تعارضت فيه البينات من المقادير أقرع فيها والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة سبحانه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا ادعى رجل دارا فى يد رجل واقام بينة ان هذه الدار كانت فى يده او فى ملكه امس ، فقد نقل المزنى والربيـع انه لا يحكم بهـذه الشهادة ، وحكى البويطى انه يحكم بها ، فقـال ابو العبـاس : فيهـا قولان

(احدهما) انه يحكم بذلك لأنه قد ثبت بالبينة ان الدار كانت له ، والظاهر بقاء الملك (والقول الثانى) انه لا يحكم بها وهو الصحيح لأنه ادعى ملك الدار فى الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه فلم يحكم بها ، كما لو ادعى دارا فشهدت له البينة بدار اخرى وقال ابو اسحاق : لا يحكم بها قولا واحدا وما ذكره البويطى من تخريجه) .

الشرح اذا كان فى يد رجل عين وادعاها آخر فأنكر من هى بيده وأقام المدعى بينة أنها كانت فى يده أمس فقد نقل المزنى والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة ، ونقل البويطى أنه يحكم بهـا ، ولا فرق بين أن تشهد له باليد أو بالملك الا أن الشافعى رضى الله عنه لم ينص الا على اليد . واختلف أصحابنا فيها على طريقين فقال أبو العباس : فيه قولان وأصلهما القولان فى الرجلين اذا ادعيا عينا فى يد غيرهما وأقام أحدهما بينة أنها ملكه منذ سنة الى هذه الحال وأقام الآخر بينـة أنها ملكه منذ شهر الى هـذه الحال ، فاذا قلنا : انهما سواء لم يحكم بهذه البينة ، وان قلنـا : ان التى شهدت بالملك المتقدم أولا حكم بهذه البينة . فاذا قلنا : يحكم بها وهـو اختيار البويطى وأبى العباس بن سريج فوجهـه أن البينة أثبتت له اليـد والملك أمس والأصل بقاء ذلك الى أن يعلم خلافه ، واذا قلنا : لا يحكم بها قال الشيخان أبو حامد الاسفراينى وأبو اسحاق الشيرازى هنا فى المهذب ــ وهو الأصح ــ فوجهه أنه ادعى الملك فى الحال والبينة انما شهدت له باليد وبالملك أمس فلم يحكم له بذلك كما لو ادعى دارا وشهدت له بينة بغيرها ، ولأنه لو ادعى أن هذه الدار كانت ملكا أمس ولم يثبت الملك له فى الحال فانها لا تسمع كالدعوى والشـهادة بالمجهول ، وقال أبو اسحق المروزى : لا يحكم بها قولا واحدا لما ذكرناه وما ذكره البويطى فهو مذهبه لا مذهب الشافعى رحمه الله ، وقد حكى الربيع فى الأم ما يدل على صحة ذلك لأنه حكى عن الشافعى رحمه الله فيها أنه لا يحكم بالبينة ثم قال : وقال أبو يعقوب البويطى : انه يحكم بها فتبين أنه مذهب البويطى ، ويخـالف الشهادة بالملك المتقدم لأنها قد شهدت بالملك فى الحال ، وانمـا انفردت احداهما باثبات الملك فى زمان ماض فرجحت بذلك وهنا لم تثبت البينـة الملك فى حال فلم يحكم بها ، فان شهدت البينة أنها كانت فى يد المدّعى أو

فى ملكه أمس وأن فلانا أخذها منه أو قهره عليها أو غصبها منه أو كانت العين عبدا فأبق قال أصحابنا : فانه يحكم بهذه البينة قولا واحدا لأنه علم أن سبب يد الثانى من جهته فكان موجب قولها : أن فلانا أخذها منه أن اليد لهذا أو أن يد الثانى بغير حق فيخالف اذا لم يذكر السبب لأن اليد تدل على الملك والاستحقاق ، وقال أبو العباس : وان ادعى رجل دارا فى يد غيره فأقر المدعى عليه أن هذه الدار كانت فى يد المدعى — فان قلنا : ان البينة اذا قامت له بذلك تقبل ، حكم له بها ههنا فى الاقرار ، وان قلنا : لا تقبل فى البينة فهل يحكم له بها فى الاقرار ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحكم له بها كما لو قامت البينة بذلك (والثانى) يحكم له بها لأن البينة لا تنفى أن يكون فى يد غيره قبل ذلك فقد تعارضت البينتان فى الوقت المتقدم وانفرد من بيده الدار بيد موجودة فى الحال فحكم له بها فأسقط حكم البينة وليس كذلك اذا أقر أن الدار كانت فى يد المدعى لأن باقراره أسقط يد نفسه فحصلت اليد للمدعى والأصل بقاؤها الى أن يعلم زوالها . قال أبو العباس : اذا قال المدعى عليه : انها كانت للمدعى فانه يحكم بها للمقر له وجها واحدا .

مسألة اذا ادعى رجل عينا فى يد آخر فأنكره فأقام المدعى بينة أنها ملك أبيه الى أن مات وخلفها موروثة وهو وارثه ، فاختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال : هو كما لو أقام بينة أنها كانت فى يده أو ملكه أمس ومنهم من قال : يحكم بها وهو الأصح عندى مذهبا وحجاجا أما المذهب فلأن المزنى والربيع نقلا لو أقام بينة أن أباه هلك وترك هذه الدار ميراثا له ولأخيه الغائب أخرجها من يدى من هى بيده ونقل المزنى والربيع أنها اذا شهدت أنها كانت فى يده لا تسمع ، ولم يقل أحد من أصحابنا المتقدمين أنهما نقلا أن البينة بالملك بالأمس تسمع ، بل أضافوا ذلك الى البويطى وأما الحجاج فان الحضرمى قال : « يا رسول الله ان هذا غلبنى على أرض ورثتها من أبى فقال صلى الله عليه وسلم ألك بينة ؟ فقال : لا » فدل على أنه لو أقام البينة على ما ادعاه لسمعت ، ولأنه لو أقام بينة أنه اشتراها من مالكها حكم له بها فلأن يحكم له بها اذا أضافها الى الميراث أولى ، لأنه أقوى .

فـــرع اذا كان فى يد رجلين شاتان فى يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما الشاة التى فى يد صاحبه وأنها بنت الشاة التى فى يده وأقام كل واحد منهما بينة بذلك فان البينتين متعارضتان فى النتاج دون الملك ، فيقضى لكل واحد منهما بالشاة التى فى يد صاحبه ، لأنه قد يملك الشاة ولا يملك أمها بأن يوصى له بما فى بطنها .

وان كان فى يد رجلين شاتان سوداء وبيضاء فادعاهما رجل وأن السوداء ولدت البيضاء وأقام على ذلك بينة وادعى آخر ملكهما وأن البيضاء ولدت السوداء فقد تعارضت البينتان فى النتاج والملك — فان قلنا : ان البينتين اذا تعارضتا سقطتا رجع فيهما الى قول من هما فى يده ، وان قلنا : يستعملان فعلى الأقوال الثلاثة . وان كان فى يد رجل شاة مسلوخة وفى يد آخر جلدها فادعى كل واحد منهما ملك الشاة وأقام على ذلك بينة حكم لكل واحد منهما بما فى يده . وقال أبو حنيفة : يقضى لكل رجل منهما بما فى يد الآخر . دليلنا أن لكل واحد منهما يدا وبينة بما معه ولصاحبه فيه بينة بلا يد فحكم لمن اجتمعت له اليد والبينة فى شىء .

فـــرع اذا كان فى يد عمرو شاة فادعاها زيد فقال عمرو : هذه لى حكم لى بها حاكم وسلمها الي وأقام على ذلك بينة وأقام زيد بينة أنها له قال أبو العباس : نظر كيف وقع الحكم بها لعمرو على زيد لأن البينة قامت لعمرو ولم تقم لزيد بينة وكانت فى يد زيد فانه ينقض ذلك الحكم لأنه بان أن لزيد فيها يدا وبينة ، ولعمرو فيها بينة بلا يد فقضى بها لصاحب اليد والبينة . وان كان حكم بها لعمرو لأن بينة عمرو عادلة وبينة زيد غير عادلة أقرت فى يد عمرو . وان كان حكم بها لعمرو لأنها كانت فى يد زيد وقد أقام كل واحد منهما بينة وكان الحاكم يرى الحكم ببينة الخارج لم ينقض حكمه ، لأنه حكم بما يسوغ فيه الاجتهاد . وان كان الحاكم حكم بها لعمرو لأنه سبق بالبينة وقال : لا أسمع بينة بعد ما نقض الحكم لأنه حكم مخالف للاجماع وان لم يعلم كيف حكم بها الحاكم لعمرو قال أبو العباس بن سريج : فيه وجهان (أحدهما) أنه ينقض الحكم لحصول بينة

زيد (والثانى) لا ينقض وهو الأصح ، لأن الظاهر أنه حكم بهـا لعمرو حكما صحيحا •

فـــرع قال أبو العباس بن سريج : وان ادعى رجل ثوبا فى يد رجل فأنكره فأقام المدعى بينة أنه غصب منه قطنا وغزل منه غزلا ونسج منه هذا الثوب حكم له بذلك لأنه قد أثبت بالبينة أن هذا عين ماله ، وانما تغيرت صفته ثم يقابل بين قيمة القطن والغزل والثوب ، فان كان الثوب أكثر قيمة أخذ المغصوب منه الثوب ولا شيء للغاصب بزيادة قيمة الثوب ، وان كانت قيمة الثوب أكثر من قيمة القطن أو من قيمة الغزل كان للمغصوب منه الثوب وما نقص من قيمة القطن أو الغزل • وان كانت قيمة الغزل أنقص من قيمة القطن وقيمة الثوب مثل قيمة القطن أو أكثر فالذى يقتضى المذهب أنه يلزمه رد الثوب وما نقص من قيمة الغزل عن قيمة القطن ، لأن نقصان قيمة الغزل عن قيمة القطن يلزم الغاصب ضمان ذلك ، فلا يسقط عنه ذلك بزيادة قيمة الثوب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل وان ادعى رجل على رجل دارا فى يده واقر بها لغيره نظرت فان صدقه المقر له حكم له لأنه مصدق فيما فى يده وقد صدقه المقر له فحكم له ، وتنتقل الخصومة الى المقر له فان طلب المدعى يمين المقر انه لا يعلم انهـا له ففيه قولان بناء على من اقر بشيء فى يده لغيره ثم اقر به لآخر ، وفيه قولان (احدهما) يلزمه ان يغرم للثانى (والثانى) لا يلزمه فان قلنا : يلزمه ان يغرم حلف لأنه ربما خاف ان يحلف فيقر للثانى فيغرم له ، وان قلنا لا يلزمه لم يحلف لأنه ان خاف من اليمين فاقر للثانى لم يلزمه شيء ، فلا فائدة فى تحليفه وان كذبه المقر له ففيه وجهان (احدهما) وهو قول أبى العباس انه ياخذها الحاكم ويحفظها الى ان يجد صاحبها ، لأن الذى فى يده لا يدعيها والمقر له اسقط اقراره بالتكذيب وليس للمدعى بينة فلم يبق الا ان يحفظها الحاكم كالمال الضال (والثانى) وهو قول ابى اسحاق انه يسلم الى المدعى لأنه ليس ههنا من يدعيه غيره ، وهذا خطأ لأنه حكم بمجرد الدعوى وان اقر بها لغائب ولا بينة وقف الأمر الى ان يقدم الغائب لأن الذى فى يده لا يدعيها ولا بينة تقضى بهـا فوجب التوقف ، فان طلب المدعى يمين المدعى عليه انه لا يعلم انها له فعلى

ما ذكرناه من القولين ، وان كان للمدعى بينة قضى له ، وهل يحتاج الى أن يحلف مع البينة ؟ فيه وجهان (احدهما) أنه يحتاج ان يحلف مع البينة لأنا حكمنا باقرار المدعى عليه أنها ملك للغائب ، ولا يجوز القضـــاء بالبينة على الغائب من غير يمين (والثاني) وهو قول أبي اسحاق انه لا يحتاج أن يحلف لأنه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه ، وان كان مع المدعى عليه بينة أنهـــا للغائب فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعى ويسلم اليه ولا يحكم ببينة المدعى عليه ، وان كان معها يد لأن بينة صاحب اليد انما يقضى بها اذا اقامها صـــاحب الملك او وكيل له ، والمدعى عليه ليس بمالك ولا هو وكيل للمالك ، فلم يحكم ببينته ، وحكى ابو اسحق رحمه الله عن بعض اصحابنا انه قال : ان كان المقر للغائب يدعى أن الدار فى يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته وان كان يدعى وديعة أو عارية لم تسمع بينته وان كان يدعى انها فى يده باجارة سمعت بينتـــه وقضى بها لأنه يدعى لنفسه حقا فسمعت بينته فيصح الملك للغائب ويستوفى بها حقه من المنفعة ، وهذا خطأ لأنه اذا لم تسمع البينة فى اثبات الملك وهـــو الأصل فلأن لا تسمع لاثبات الاجارة وهى فرع على الملك اولى ، والا أقر بهـــا لمجهول فقد قال أبو العباس : فيه وجهان (أحدهما) انه يقال له : اقرارك لمجهول لا يصح ، فاما أن تقر بها لمعروف او تدعيها لنفسك أو نجعلك ناكلا ، ويحلف المدعى ويقضى له (والثانى) أن يقال له اما ان تقر بهـــا لمعروف او نجعلك ناكلا ولا يقبل دعواه لنفسه لأنه باقراره لغيره نفى أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد .

الشرح ان ادعى رجل على رجل عينا فى يده فقال من بيده العين ليست لى وانما هى لفلان فان كان المقر له حاضرا فصدق المقر أنها له انتقلت الخصومة فى العين اليه ، فان كان مع المدعى بينة حكم بالعين له ، وان لم تكن معه بينة كان القول قول المقر له مع يمينه ، فان حلف سقطت عنه الدعوى ، فان نكل عن اليمين حلف المدعى واستحق العين ، فان لم يحصل العين للمدعى وسأل من كانت العين فى يده أن يحلف له ما يعلم أن العين له فهل يلزمه اليمين ؟ فيه قولان بناء على من أقر لزيد بدار ثم أقر بها لعمرو فان الدار تسلم الى زيد ولا يقبل اقراره لعمرو فى الدار ولكن هل يلزمه أن يغرم قيمة الدار لعمرو ؟ فيه قولان ، فان قلنا : يلزمه أن يغرم لزمه ها هنا أن يحلف لأنه قد يخاف من اليمين فيقر بالعين للمدعى فيغرم له قيمتها ، وان قلنـــا : لا يلزمه أن يغرم لعمرو شيئا لم يلزمه ها هنـــا أن يحلف لأنه لو خاف من اليمين فأقر بها للمدعى لم يفد اقراره شيئا فلا فائدة فى اليمين . وان قال

المقر له ليست العين لى ولا بينة للمدعى ففيــه ثلاثة أوجه (أحدها) أن الحاكم ينزعها ممن هى فى يده ويحفظها الى أن يجىء من يدعيها ويقيم عليها البينــة لأن من فى يده العين قــد أسقط حقه منها بالاقرار والمقر له قــد أسقط حقه منها برد الاقرار ، ولا بينــة للمدعى فصــارت كلقطة لا يعرف مالكها وكان على الحــاكم رفضــها (والثــانى) وهو قول أبى اسحاق انها تسلم الى المدعى لأنه ليس ها هنــا من يدعيهــا غيره (والثــالث) حكاه ابن الصــباغ يقــال له : من أقررت له قد رده فاما أن تدعيهــا لنفسك فتكون الخصم أو تقر بها لمن يصدقك فتكون الخصم فان لم تفعل جعلناك ناكلا وحلفنا المدعى وسلمناها اليه ، والأول أصح ، لأن على ما قال أبو اسحاق يدفع العين الى المدعى بمجرد الدعوى . وهذا لا يجوز ، وقول من قال : ان المقر يدعيها لنفسه لا يصح لأنه قد أقر أنه لا يملكها ، فكيف يقبل بعد ذلك قوله أنه يملكها . وان أقر بها من هى بيده لغائب معروف ــ نظرت فان لم يكن مع المدعى بينة سقطت الخصومة بينــه وبين من فى يده العين ، لأنه لا حجــة له . ويوقف الأمر الى أن يقدم الغــائب ــ فان قال المدعى : يحلف لى من العين فى يده ما يعــلم أن العين لى ، فهــل يلزمه أن يحلف ؟ فيه قولان مضى ذكرهما ، وان كان مع المدعى بينة فأقامها ولا بينة مع من بيده العين فانه يحكم ببينة المدعى . وهل يحتاج أن يحلف مع البينة ؟ فيه وجهان ، من أصحابنا من قال : يحتاج أن يحلف مع البينة لأنه قد قضى على الغائب والقضاء على الغائب لابد فيه من اليمين . وقال أبو اسحاق : لا يجب أن يحلف وهو ظاهر النص لأن الشافعى رضى الله عنه قال : (فاذا أقام المدعى البينــة قضى له على الذى هى فى يده ولم يذكر اليمين ، ولأن القضاء على الحاضر . وان كان مع المقرر بينة أن العين للمقر له وأقامها فانها تسمع ، فان لم يدع المقر أنه وكيل الغائب ولأن العين فى يده) وديعة ولا اجارة فان بينة المدعى تقدم على بينة الغائب ، لأن البينة انما يحكم بها اذا أقامها المدعى أو وكيله فلم يحكم بها كما لو أفلس رجل وأراد الحاكم قسمة ماله بين غرمائه أو مات رجل وأراد الحاكم قسمة ما له بين ورثته وشــهد شاهدان أن هذه العين لفلان الغائب فانه لا يحكم بهذه العين للغائب ، فان قيل : فاذا كانت هذه البينة اذا أقامها المقر لا يحكم بها فلم قلتم يســمعها

الحاكم ؟ (فالجواب) أن سماعها يفيد أمرين (أحدهما) أنه ينفى عن نفسه التهمة بالاقرار اذا أقامها (والثانى) أنه اذا أقامها فلا يقضى للمدعى بينته الا مع يمينه وجها واحدا ، لأنه قضى على الغائب . وان ادعى المقر أن العين فى يده رهن أو اجارة من الغائب وأقام بينة أن العين للغائب ففيه وجهان (أحدهما) تقدم بينة الغائب على بينة المدعى ، لأنه يدعى حقا لنفسه ومعه يد وبينة فقدمت على بينة بلا يد (والثانى) وهو المنصوص أنه لا يحكم ببينة المقر لأن الرهن والاجارة انما يثبتان بعد ثبوت الملك للراهن والمؤاجر ولم يثبت له ملك العين ، وان ادعى من بيده العين أنه وكيل الغائب وأقام على ذلك بينة ثم أقام الغائب بينة بملك العين قدمت بينة الغائب على بينة المدعى لأن للغائب يدا وبينة ، وكل موضع حكمنا للمدعى بالبينة على الغائب وسلمت العين الى المدعى ثم حضر الغائب وادعى ملك العين وأقام بينة فان العين تنزع من الأول لأنه بان أن المقر له بينة ويد فقدمت على من له بينة بلا يد ، وان أقر بها المدعى عليه لمجهول — فان قال : هى لغيرى ولم يعين المقر له — قيل له : ليس هذا يسقط عنك الدعوى فى العين ، فاما أن تقر بها لمعروف وتكون خصما فى العين أو نجعلك ناكلا أو ترد اليمين على المدعى ويحلف ويحكم له بالعين ، فان أقر بها لمعروف كان الحكم فيه ما مضى ، وان ادعاها لنفسه ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأنه قد اعترف أنها لغيره فيضمن ذلك أنه لا يملكها (والثانى) يقبل لأن اقراره الأول لم يصح فلا يمنعه ذلك من أن يدعيها لنفسه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا ادعى جارية وشهدت البينة انها ابنة امته لم يحكم له بها لانها قد تكون ابنة امته ولا تكون له بان تلدها فى ملك غيره ثم يملك الامة دونها فتكون ابنة امته ولا تكون له وان شهدت البينة انها ابنة امته ولدتها فى ملكه فقد قال الشافعى رحمه الله : حكمت بذلك وذكر فى الشهادة بالملك المتقدم قولين فنقل ابو العباس جواب تلك المسألة الى هذه وجعلها على قولين وقال سائر اصحابنا : يحكم بها ههنا قولا واحدا وهناك على قولين والفرق بينهما ان الشهادة هناك باصل الملك فلم تقبل حتى يثبت فى الحال والشهادة ههنا بتمام الملك وانه حدث فى ملكه فلم يفتقر الى اثبات الملك فى الحال وان ادعى**

غزلا او طيرا او آجرا واقام البينة ان الغزل من قطنه والطير من بيضه والآجر من طينه قضى له لأن الجميع عين ماله وانما تغيرت صفته .

فصـــل اذا ادعى رجل ان هذه الدار ملكه من سنتين واقام على ذلك بينة وادعى آخر انه ابتاعها منه منذ سنتين واقام على ذلك بينة قضى ببينة الابتياع لأن بينة الملك شهدت بالملك على الأصل وبينة الابتيـاع شهدت بأمر حادث خفى على بينة الملك فقدمت على بينة الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل .

الشرح اذا ادعى رجل ملك جارية فى يد غيره فأنكره المدعى عليه فأقام المدعى بينة ــ نظرت فان شهدت البينة أن الجارية له أو ملكه حكم له بها ، وان شهدت البينة أنها له ولدتها أمته فى ملكه حكم له بها لأن هــذا آكد من قوله : انها له وان شهدت بينة أنها بنت أمة ولدتها فى ملكه . وان ادعى ثمرة فى يد رجل وشهدت بينة أنها ثمرة نخله حملت بها فى ملكه قال الشافعى رضى الله عنه : حكمت بذلك . وقال فيمن ادعى عينا وشهدت له البينة أنها كانت فى يده أمس أنه لا يحكم بها . واختلف أصحابنا فيــه ، فنقل أبو العباس بن سريج : جواب كل واحــدة من المسألتين الى الأخرى وجعلهما على قولين كالقولين فى الشهادة بالملك المتقدم ، وحملهما أبو اسحاق وسائر أصحابنا على ظاهرهما ، وقالوا : يحكم بالبينة ها هنا قولا واحــدا ولا يحكم بها هناك ، والفرق بينهما أن الشهادة ها هنا بنماء الملك والشهادة بنماء الملك لا تفتقر الى اثبات ملكه فى الحال ، بل اذا ثبت حدوثها فى ملكه اكتفى بذلك لأن النماء يتبع الأصل فى الشهادة هناك على أصل الملك فلم يحكم بها حتى يثبت الملك فى الحال .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولو شهد أن هــذا الغزل من قطن فلان جعلته له ، وان شهد أن هذه الجارية بنت أمته أو أن هــذه ثمرة نخله لم يحكم له بها ، والفرق بينهما أن البينة اذا شهدت أن هذا الغزل من قطنه فالغزل هو نفس القطن ، وانما تغيرت صفته فكأنها شهدت أن هذا غزله ، وليس كذلك اذا شهدت أنها بنت أمته أو أنها ثمرة نخلته ، لأن الأمة قــد

تلدها وهى فى سير ملكه ، والنخلـة قد تثمـر وهى فى غير ملكه ثم يملك الأم والنخـلة ولا يملك الثمرة والولد لأنه لا يمكن أن يكون الغـزل حاصـلا قبل حصـول القطن له ، فاذا ثبتت البينـة له ملك القطن تضمن ذلك اثبـات ما حـدث منه وهو الغـزل فحصم له بملكه وليس كذلك اذا شـهدت أن هذه الجـارية بنت أمته أو أن الثمرة من نخلته لأنهمـا قد يحـدثان قبـل حدوث ملك الجارية والنخلة فليس فيه اثبـات ملك الجارية له ، ولأنه قد يوصى لرجل بما تلد الجارية وتثمر النخلة ، فيحدث الولد والثمرة فى ملك الموصى له مع كون النخلة والجارية ملكا لغيره ـ قال المصنف هنا فى الفصل : وهكذا اذا ادعى طيراً أو آجرا وأقام بينة أن الطير من بيضة وأن الآجر من طينه فانه يحكم له لمـا ذكرناه فى الغزل • قال أبو العباس : وان شهد شاهدان أن هذا الثوب من غزله وأن هذه الثمرة من نخله حكم له بذلك • قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : هـذا تفريع من أبى العباس على القول الذى اختاره اذا شهدت البينة أنه كان ملكه أمس أن يحكم له بذلك •

فـــرع فان كان فى يد زيد دار فادعى عمرو أنها له وأقام بينـة أنه اشتراها من خالد لم يحكم لعمرو بالدار حتى تشهد بينة أنه اشتراها من خالد وهـو يملكها أو أنه اشتراها من خالد وسلمها اليه لأن الظـاهر أنه لا يسلم الا ملكه ، وان شهدت أنها ملك لعمرو واشتراها من خالد حكم بها لأنه قد يبيع ما لا يملك بيعه (فان قيل :) فاذا شهدت لأنه اشتراها من خالد وهو يملكها فقد حكمتم بالشهادة بملك ماض ، وقد قلتم : ان البينـة اذا شهدت له أنها كانت فى ملكه أمس لم يحكم له بها على الصحيح من المذهب قلنا : الفرق بينهما أن ما يملك المشترى انما يثبت من جهة البائع فاذا ثبت ملك البائع كان الملك الآن ثابتا للمشترى لأن الأصل بقاؤه فصـار كما لو شهدت البينة أنه يملك العين منذ سنة ويخالف اذا شهدت له البينة أنها كانت فى ملكه أمس لأن ذلك لا يقتضى بقاء ملكه الآن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان كان فى يد رجل دار وادعى رجل انه ابتاعها من زيد وهو يملكها واقام على ذلك بينة حكم له لأنه ابتاعها من مالكها وان شهدت له البينة انه ابتاعها منه وسلمها اليه حكم له لأنه لا يسلم الا ما يملكه وان شهدت انه ابتاعها منه ولم تذكر الملك ولا التسليم لم يحكم بهذه الشهادة ولم تؤخذ الدار ممن هى فى يده لأنه قد يبيع الانسان ما يملكه وما لا يملكه فلا تزال يد صاحب اليد .

فصـــــل وان كان فى يد رجل دار فادعاها رجل واقام البينة انها له اجرها ممن هى فى يده واقام الذى فى يده الدار بينة انها له قدمت بينـة الخارج الذى لا يد له لأن الدار المستاجرة فى ملك المؤجر وبيـده ، وليس للمستاجر الا الانتفاع فتصير كما لو كانت فى يده دار وادعى رجل انهـا له غصبه عليها الذى هى فى يده واقام البينة فانه يحكم بها للمغصوب منه .

فصـــــل وان تداعى رجلان دارا فى يد ثالث فشهد لاحدهما شاهدان ان الذى فى يده الدار غصبه عليها وشهد للآخر شاهدان أنه أقر له بها قضى للمغصوب منه لأنه ثبت بالبينة أنه غاصب واقرار الغاصب لا يقبل فحكم بهـا للمغصوب منه) .

الشرح اذا ادعى زيد ملك عين فى يد رجل وأقام بينة أنها ملكه منذ سنة وادعى آخر أنه ابتاعها من هذا المدعى منذ خمس سنين وكان مالكا لها وقت البيع ، فانه يحكم ببينة الابتياع ، لأن البائع قد أقام بينة أنه يملكها منذ سنة وثبوت الملك منذ سنة لا يبقى الملك له قبل ذلك ، فاذا أقام المدعى للابتياع بينة للابتياع فقد ثبت أنه ابتاعهـا من مالك وقدمت على بينـة البائع : لأن بينة البيع شهدت بأمر حادث خفى على البينة التى شهدت للبائع بأصل الملك فقدمت كما تقدم بينة التعديل ، وهكذا لو شهدت بينة المدعى أنه ابتاعها من هذا المدعى وسلمها اليه فانه يحكم بها للمدعى للابتياع ، لأن بينة البائع قد أثبتت له الملك وبينة المبتاع قد أثبتت له البيـع والتسليم ، فيثبت أن اليد كانت للبائع حال البيع ، وهاتان المسألتان وفاق بيننا وبين أبى حنيفة . وأما اذا أقام المدعى للابتياع بينة فشهدت أنه ابتاع هـذا من زيد فحسب فانه يحكم للمبتاع . وقال أبو حنيفة : يحكم بها لزيد ولا يحكم

بها للمبتاع الا أن تشهد بينة أن زيدا باع ما يملكه وما فى يده لأن البيع المطلق ليس بحجة • ودليلنا أنه قد ثبت بالبينة الأولى ازالة يد من الدار يده واثبات الملك لزيد فاذا قامت البينة عن زيد بالبيع فالظاهر أنه لا يبيع الا ما ملكه فحكم بذلك ، وصار بمنزلة أن يقيم رجل البينة أن هذه الدار له وأقام آخر البينة أنه ابتاع الدار منه فانه يحكم بها للمبتاع منه •

فـــرع قال فى الأم : وان ادعى رجل أن هذه الدار ملك له منذ سنتين وأقام على ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منه منذ سنتين وأقام على ذلك بينة حكم بها للمبتاع ، لأن بينته شهدت بأمر حادث ربما خفى على شاهدى الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة العدل •

فـــرع قال أبو العباس بن سريج : اذا كان فى يد رجل دار فادعاها آخر فأقام بينة أنها له آجرها ممن هى فى يده أو أودعه اياها أو غصبها منه وأقام على ذلك بينة وأقام من فى يده الدار بينة أنها ملكه قدمت بينة الخارج لأنها شهدت له بالملك واليد ، وأثبتت أن يد صاحب الدار بائنة عنه فى الاجارة والوديعة • واذا شهد بالغصب فقد شهدت بأمر خفى على بينة الملك ، فقدمت كما قدمت بينة الجرح على بينة العدالة •

فـــرع اذا كان فى يد رجل دار فادعاها اثنان فأقام أحدهما بينة أن الذى فى يده الدار غصبها منه وأقام الآخر بينة أن هذه الدار أقر له بها من هى بيده حكم بالدار للمغصوب منه لأنه قد ثبت بالبينة أن من فى يده الدار غاصب لها واقرار الغاصب غير مقبول ، ولا يلزم المقر أن يغرم للمقر له قيمة الدار قولا واحدا ، بخلاف ما لو قال : هذه الدار لزيد لا بل لعمرو فانه يلزمه أن يغرم لعمرو قيمة الدار فى أحد القولين ، والفرق بينهما أنه اذا أقر بها لزيد ثم أقر بها لعمرو فقد أتلفها على عمرو باقراره فيها لزيد وحال بينه وبينها ، وها هنا لم يتلف على المقر له شيئا ، وانما لزمه تسليمها بالبينة ، وان ادعى رجلان دارا فى يد رجل وأقام أحدهما بينة أنها له أودعها عند من هى فى يده وأقام الآخر بينة أنها له أجرها ممن هى فى يده فقد تعارضت البينتان — فان قلنا : يسقطان رجع الى من فى يده ، فان ادعاها

لنفسه حلف لكل واحد منهما ، وان أقر بها لأحدهما سلمت له ، وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان ، وان أقر بها لهما قسمت بينهما وهل يحلف لكل واحد منهما على النصف ؟ فيه قولان ، وان قلنا : لا يسقطان وانما يستعملان ففى الاستعمال الأقوال الثلاثة ، وقد تقدم ذكرها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **اذا ادعى رجل أنه ابتاع دارا من فلان ونقده الثمن واقام على ذلك بينة ، وادعى آخر أنه ابتاعها منه ونقـده الثمن واقام على ذلك بينه ، وتاريخ أحدهما فى رمضان ، وتاريخ الآخر فى شوال ، قضى لمن ابتاعها فى رمضان لأنه ابتاعها وهى فى ملكه ، والذى ابتاعها فى شـوال ابتاعها بعـد ما زال ملكه عنها ، وان كان تاريخهما واحدا أو كان تاريخهما مطلقا او تاريخ احدهما مطلقا وتاريخ الآخر مؤرخا فان كانت الدار فى يد احدهما قضى له لأن معه بينـة ويدا وان كانت فى يد البـائع تعـارضت البينتـان وفيهما قولان (أحدهما) أنهما يسقطان (والثانى) أنهما يستعملان ، فان قلنا انهما يسقطان رجع الى البائع فان انكرهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد وقضى له ، وان أقر لاحدهما سلمت اليه . وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان ، وان اقر لهما جعلت لهما نصفين وهل يحلف كل واحد منهما للآخر على النصف الآخر ؟ على القولين ، وان قلنا : انهما يستعملان نظرت فان صـدق البائع أحدهما ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس انها تجعل لمن صدقه البائع ، لان الدار فى يده فاذا اقر لاحدهما فقد نقل يده اليه فتصير له يد وبينة وقال اكثر أصحابنا : لا يرجح باقرار البائع وهو الصحيح ، لأن البينتين اتفقتا على ازالة ملك البائع واسقاط يده فعلى هذا يقرع بينهما فى احد الأقوال ويقسم بينهما فى الثانى ، فيجعل لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، ولا يجىء القول بالوقف لان العقود لا توقف .**

الشرح قوله (نقده الثمن) النقد خلاف النسيئة ، وتتميز الدراهم وغيرها كالتنقاد والانتقاد والتنقد ، واعطاء النقد ، والنقر بالأصبع والجوز وأن يضرب الطـائر بمنقاره أى بمنقـاره فى الفخ والوازن من الدراهم ، واختلاس النظر نحو الشىء . وأنقد الشجر أورق وانتقد الدراهم قبضها . وقال الركبى : النقد ضد الفقد وهو احضاره فى المجلس .

اما الأحكام فاذا تنـازع رجلان فى دار وادعى كل واحد منهما أنه

اشتراها من زيد وهو يملكها بثمن معلوم ونقده الثمن وأقام كل واحد منهما بينة فان كانت البينتان مؤرختين تاريخا مختلفا بأن شهدت بينة أحدهما أنه اشتراها فى المحرم وشهدت بينة الآخر أنه اشتراها فى صفر قدمت بينة الذى اشتراها فى المحرم لأنه بان أنه باعها فى صفر بعد ما زال ملكه عنها بالبيع فى المحرم، ويطالب البائع برد الثمن للمشترى الثانى الذى قبضه . وان كانت البينتان مؤرختين تاريخا واحدا أو مطلقتين أو احداهما مؤرخة والأخرى مطلقة فان كانت الدار فى يد أحد المتداعيين قضى له بها ، لأنه اجتمع له اليد والبينة . وحكى المسعودى وجها آخر أنه لا يرجح باليد ها هنا لأنهما تقارا على أن اليد كانت قبل ذلك لغيرهما ، وكل واحد منهما يدعى أن اليد انتقلت اليه فلم يقر الثانى أن هذه اليد يده ، والأول هو المشهور . وان كانت الدار فى يد البائع تعارضت البينتان ــ فان قلنا : تسقطان ، رجع الى البائع فان كذبهما حلف لكل واحد منهما ، وهل لهما استرداد الثمن منه ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى (أحدهما) له ذلك لأنه قد حكمنا بالبينة أن كل واحد منهما قد سلم الثمن ولم يحصل له الثمن (والثانى) ليس لهما ذلك لأنا قد حكمنا بسقوط البينتين . وان أقر بالبيع لأحدهما سلم اليه الدار بالثمن الذى ادعاه أنه ابتاع به ، وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان . وان أقر بالبيع لهما كان لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ابتاع به ، وهل يحلف لكل واحد منهما على النصف الآخر ؟ فيه قولان . وان قلنا : ان البينتين لا تسقطان وانما تستعملان ــ فان صدق البائع أحدهما فهل تقدم بينة من صدقه ؟ فيه وجهان . قال أبو العباس : تقدم بينته لأن اليد للبائع ، فاذا صدق أحدهما فكأنه نقل يده اليه فاجتمعت له اليد والبينة فتقدم ، كما لو كانت الدار فى يد أحد المدعيين (والثانى) لا يقدم بينة المصدق ، وهو قول أكثر أصحابنا قال فى البيان : وهو الأصح ، لأن البينتين قد اتفقتا على ازالة يد البائع ، فاذا قلنا بهذا أو لم يصدق البائع أحدهما ففى كيفية الاستعمال الأقوال الثلاثة (أحدهما) الوقف ولا يتأتى ها هنا الوقف لأنهما يتداعيان عقدا والعقد لا يمكن وقفه (والثانى) القرعة فعلى هذا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له بالدار بالثمن الذى اشتراه به . وهل يحلف مع خروج القرعة له ؟ على القولين ؟ ويرجع الآخر بالثمن الذى دفعه

(والثالث) القسمة ، فعلى هـذا تقسم بينهما الدار ويكون لكل واحـد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاعه به ، ولكل واحد منهما الخيار فى فسخ البيع ، لأن الصفقة تبعضت عليه ، فان اختارا جميعا الفسخ وفسخا رجعت الدار الى المدعى عليه ، ورجع عليه كل واحـد منهما بالثمن الذى دفع ، وإن اختارا جميعا الامساك أمسك كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، ورجع على البائع بنصفه وان اختار أحدهما الفسخ واختار أحدهما الامساك قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : ينظر فيه ، فان اختار أحدهما الفسخ أولا ثم اختـار الآخر الامسـاك فانه يمسك الدار بجميع الثمن الذى ادعى أنه ابتاع لأنه ادعى أنه قد ابتـاع جميع الدار وشهدت له البينة بذلك وانما لم يحكم له بالجميع لمزاحمة غيره ، فاذا سقط حق غيره كان له امساك الجميع ، وان اختار أحدهما الامساك أولا ثم اختار الآخر الفسخ فان الأول يسـتقر ملكه على النصف بنصف الثمن الذى ابتاع به ، وليس له أن يأخذ النصف الذى فسخ الثانى البيع به لأنه قد أمسك النصف وحكم الحاكم بامضاء البيع فيه وفسخه فى النصف الآخر فلم ينقض الحكم فيه . وقال المسعودى : اذا فسخ أحدهما البيع فى نصف الدار فهل على البائع تسليم ذلك النصف الى المدعى الآخر ؟ فيه وجهان من غير تفصيل (أحدهما) عليه ذلك لأنه قد أقام البينة على أنه يستحق جميع الدار الا أنه تعذر تسليم الكل اليه لأجل صاحبه ، فاذا ارتفع ذلك سلم اليه (والثانى) لا يسلم اليه لأن بينة الذى فسخ شهدت له بالملك فاذا فسخ البيع انتقل الملك فيه الى المدعى عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان ادعى رجل انه ابتاع هذه الدار من زيد وهو يملكها ونقده الثمن واقام عليه بينة ، وادعى آخر انه ابتاعها من عمرو وهو يملكهـا ونقده الثمن واقام عليه بينة ، فان كانت فى يد أجنبى أو فى يد احد البائعين وقلنا على المذهب الصحيح : انه لا ترجح البينة بقول البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان (احدهما) انهما يسقطان (والثانى) أنهما يستعملان فاذا قلنا : انهما يسقطان رجع الى من هو فى يده ، فان ادعاه لنفسه فالقول قوله ويحلف لكل واحد منهما ، وان اقر لأحدهما سلم اليه وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان .

وان اقر لهما جعل لكل واحد منهما نصفه وهل يحلف للآخر على النصف الآخر ؟ على القولين وان قلنا : انهما يستعملان اقرع بينهما فى احد الاقوال ويقسم بينهما فى القول الثانى فيجعل لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن الذى ادعى انه ابتاعه ، ولا يجىء الوقف لأن العقود لا توقف) .

الشرح ان تنازع رجلان دارا فادعى أحدهما أنه ابتاعها من زيد بمائة وهو يملكها ونقده الثمن ولم يسلم الدار اليه وأقام على ذلك بينة وادعى الآخر أنه ابتاعها من عمرو بمائة وهو يملكها ونقده الثمن ولم تسلم اليه الدار وأقام على ذلك بينة فان كانت الدار فى يد أحد المدعيين قضى له بالدار بالثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، لأنه اجتمع له اليد والبينة وان كانت الدار فى يد أحد أو فى يد أجنبى فالبينتان متعارضتان لأنه لا يجوز أن تكون جميع الدار ملكا للاثنين ، ويبيع كل واحد منهما من واحد ، فان قلنا : انهما يسقطان وكانت الدار فى يد أحد المتبايعين أو كانت فى يد أجنبى كان القول قول من الدار فى يده ، فان ادعاها لنفسه حلف لكل واحد منهما يمينا ، وان أقر لأحدهما سلمت اليه ، ويسلم الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به الى الذى ادعى أنه باعه ، وهل يحلف المقر للآخر ؟ فيه قولان ، وان أقر لهما بها كان لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به وهل يحلف لكل واحد منهما على النصف الآخر ؟ فيه قولان ، وان قلنا : ان البينتين تستعملان وكانت الدار فى يد أحد البائعين فان صدق الذى ابتاع منه فهل ترجح بينته بذلك ؟ فيه وجهان ، فاذا قلنا : لا ترجح أو لم تصدق استعملتا فلا يجىء الوقت ها هنا لأن العقود لا توقف ، فان قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له بالدار بالثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، ورجع الآخر بالثمن الذى ادعى دفعه ، وان قلنا بالقسمة كان لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، ويثبت لكل واحد منهما الخيار فى فسخ البيع لأن الصفقة تبعضت عليه ، فان اختار الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن الذى لم يدفع ، لأنه لم يسلم له الا نصف الدار وان اختار الفسخ رجع كل واحد منهما بما دفع من الثمن ، وان اختار أحدهما الفسخ والآخر الامساك قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : فان الذى اختار الفسخ يرجع بجميع الثمن الذى دفع ولا يسلم

هذا النصف الذى فسخ فيه البيع الى الذى اختار الامساك ، والفرق بينها وبين التى قبلها أن البائع هناك واحد وكل واحد من المدعين قد أقام البينة أنه اشترى منه ، وانما لم يمسك جميعه لمزاحمة غيره ، فاذا سقطت المزاحمة كان له امساك الجميع ، وها هنا البائع اثنان وكل واحد منهما يدعى أنه ابتاع من واحد ، فاذا فسخ أحدهما البيع مع بائعه لم يكن للآخر أن يأخذه ، لأنه لا يأخذ من غير بائعه . وأما اذا ادعى كل واحد من المشترين أنه قبض الدار ، وقامت عليه البينة بذلك ، فالحكم فيه ما ذكرناه اذا لم يقبض الدار الا فى شىء واحد وهو أنه لا يرجع على الذى باعه بالثمن الذى دفعه اليه ولا ببعضه ، لأنه اذا لم يقبض المبيع فقد تعذر عليه قبض المبيع فصار ضمان عهدته على بائعه فرجع عليه بالثمن الذى دفعه اليه ، واذا قبض المبيع فقد استقر عليه الثمن ، وانما غصب منه الدار بعد ذلك فلا يلزم البائع ضمان عهدته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان فى يد رجل دار فادعى زيد انه باعها منه بالف واقام عليه بينة وادعى عمرو أنه باعها منه بالف واقام عليه بينة فان كانت البينتان بتاريخ واحد تعارضتا وفيهما قولان (أحدهما) أنهما يسقطان (والثانى) أنهما يستعملان فاذا قلنا : انهما يسقطان رجع الى قول من هى فى يده فان ادعاها لنفسه وأنكر الشراء حلف لكل واحد منهما وحكم له وان أقر لأحدهما لزمه الثمن لمن أقر له وحلف للآخر قولا واحدا لانه لو أقر له بعد اقراره للأول لزمه الألف لأنه يقر له بحق فى ذمته فلزم أن يحلف قولا واحدا . وان قلنا : انهما يستعملان أقرع بينهما فى احد الأقوال ويقسم فى القول الثانى ، ولا يجىء الوقف ، لأن العقود لا توقف ، وان كانتا بتاريخين مختلفين بأن شهدت بينة احدهما بعقد فى شوال لزمه الثمنان لأنه يمكن الجمع بينهما بأن يكون قد اشتراه فى رمضان من احدهما ثم باعه واشتراه من الآخر فى شوال ، وان كانت البينتان مطلقتين ففيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمه الثمنان لأنه يمكن استعمالهما بأن يكون قد اشتراه فى وقتين مختلفين (والثانى) انهما يتعارضان فيكون على القولين لانه يحتمل ان يكونا فى وقتين فيلزمه الثمنان ويحتمل أن يكونا فى وقت واحد والأصل براءة الذمة) .

الشرح اذا كان فى يد رجل دار فادعى زيد أنه باعها منه بمائة

وأقام علي ذلك بينة وادعى عمرو أنه باعها منه بمائة وأقام على ذلك بينـة نظرت فان كانت البينتان مؤرختين تاريخـا واحدا فهما متعارضـتان لأنه يستحيل أن يكون جميع الدار ملكا لاثنين فى وقت واحد ــ فان قلنا : انهما يسقطان ــ رجع الى المدعى عليه فان أنكرهما من اشترى حلف لكل واحد منهما يمينا ، وان أقر أنه ابتاع جميع الدار من كل واحد منهما لزمه الثمنان لأنه يجـوز أن يبتاعه من أحدهمـا ثم يخرج من ملكه الى ملك الآخر ثم يبتاعه منه ، وان أقر أنه ابتاعه من أحدهما لزمه الثمن له وان قال : ابتعته منكما فقد التزم لكل واحد منهما بنصف الثمن الذى ادعى أنه باعه منه ، ويلزمه أن يحلف لكل واحد منهما على النصف الآخر قولا واحـدا وان قلنا : انهما يستعملان فلا يجىء ها هنا الوقف لأن العقـود لا توقف ولكن تجىء القرعة والقسمة ــ فان قلنا بالقرعة أقرع بينهما ، فاذا خرجت لأحدهما القرعة حكم له بالثمن الذى ادعاه وهل يحلف مع خروج القرعة له ؟ على القولين ، ويكون الذى لم تخرج له بالقرعة أن يحلف المشترى لأنه لو أقر له بعد ذلك لزمه الثمن له ، وان قلنا بالقسمة لزمه لكل واحد منهما نصف الثمن الذى ادعاه ، ولا خيار للمشترى لأن جميع الدار حصلت له ، ولا فرق بين أمر يحصل من واحد أو من اثنين ولكل واحد من البـائعين أن يحلفه على نصف الثمن لأنه لو أقر له لكل واحد منهما لزمه ما أقر له به ، وان كانت البينتان مؤرختين تاريخا مختلفا فان شهدت بينـة أحدهما أنه باعها منه فى المحرم وبينة الآخر أنه باعها منه فى صفر لزمه الثمنـان لأنه لا يجوز أن يبتاعها فى المحرم ثم يخرج من ملكه ثم يبتاعها من الآخر فى صفر وهى فى ملكه ، وان كانت البينتان مطلقتين أو احداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه الثمنان لما مضى (والثانى) لا يلزمه الا ثمن واحد وهو المتيقن وجوبه • ويسقط الآخر لأنا نشك فى وجوبه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان ادعى رجل ملك عبد فاقام عليه بينة وادعى آخر انه باعه او وقفه او اعتقه واقام عليه بينة قدم البيع والوقف والعتق لان بينـة الملك شهدت بالأصل وبينة البيع والوقف والعتق شهدت بامر حادث خفى على

بينة الملك ، فقدمت على بينة الملك.وان كان في يد رجل عبد فادعى رجل انه ابتاعه واقام عليه بينة وادعى العبد ان مولاه اعتقه واقام عليه بينة فان عرف السابق منهما بالتاريخ قضى بأسبق التصرفين لأن السابق منهما يمنع صحة الثاني فقدم عليه . وان لم يعرف السابق منهما تعارضتا وفيهما قولان (احدهما) انهما يسقطان ويرجع الى من في يده العبد ، وان كان كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد ، وان صدق احدهما قضى لمن صدقه (والقول الثاني) انهما يستعملان فيقرع بينهما في احد الأقوال فمن خرجت له القرعة قضى له ويقسم في القول الثاني فيعتق نصفه ، ويحكم للمبتاع بنصف الثمن ، ولا يجيء القول بالوقف لأن العقود لا توقف) .

الشرح اذا ادعى رجل ملك عبد وأقام على ذلك بينة وادعى آخر على هذا المدعى أنه باعه تلك العين أو وقفها عليه أو كانت العين عبدا وادعى أن المدعى أعتقه وأقام المدعى الثاني بينة لما ادعاه قدمت بينة المدعى الثاني على بينة المدعى الأول ، لأن بينة الأول شهدت بأصل الملك وبينة الثاني شهدت بأمر حادث وربما خفى عن بينة الملك فقدمت . وان كان في يد رجل عبد فادعى رجل أنه ابتاع منه هذا العبد وأقام على ذلك بينة وادعى العبد أن سيده الذى هو في يده أعتقه وأقام على ذلك بينة — نظرت فان كانت البينتان مؤرختين تاريخا مختلفا — قضى بالبينة الأولى سواء كانت بيعا أو عتقا لأن صحة الأول تمنع صحة الثاني . وان كانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخا واحدا واحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة فهما متعارضتان ، فان كان العبد في يد المشترى قدمت بينته لأن له يدا وبينة ، وقال المزنى تقدم بينة العبد لأن يده ثابتة على نفسه . وهذا ليس بصحيح لأن العبد لا يثبت له يد على نفسه بدليل أنه لو كان عبد في يد رجل فادعاه آخر وأقام كل واحد منهما بينة وصادق العبد الخارج فانه لا يحكم له به ، فلو ثبت للعبد يد على نفسه لكان قد اجتمع للخارج يد وبينة ، وان العبد في يدى المدعى عليه — فان قلنا : انهما يسقطان رجع اليه ، فان كذبهما فالقول قوله مع يمينه فيحلف لكل واحد منهما يمينا ، وان صدق أحدهما وكذب الآخر حكم للذى صدقه بما ادعاه ولا يحلف للآخر قولا واحدا ، لأنه لا يلزمه له غرم ، لأنه اذا صدق العبد أولا فاقراره بالبيع بعده لا يحكم به الا أنه يلزمه رد الثمن ان كان قد قبضه ، وان صدق المشترى أولا فاقراره بالعتق لا يصح

ولا يلزمه غرم للعبد ، وان قلنا : انهما يستعملان فصدق السيد المشترى أو العبد فهل ترجح بينة الصدق منهما ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما ، فان قلنا لا ترجح بينة المصدق منهما أو لم يصدق أحدهما فلا يجىء فى الاستعمال هنا الوقف ، لأن الاختلاف بالعقد ، والعقود لا توقف ، ولكن يجىء القرعة أو القسمة ــ فان قلنا بالقرعة فأقرع بينهما فان خرجت القرعة للعبد عتق ورجع المشترى بالثمن على البائع ان كان قد دفعه اليه ، وان خرجت القرعة للمشترى ملك العبد . وان قلنا بالقسمة حكم للمبتاع بنصف العبد بنصف الثمن ورجع بنصف الثمن ان كان دفعه وحكم بعتق نصف العبد . ويكون المبتاع بالخيار لأن الصفقة تبعضت عليه ، فان اختــار القسـمة حكم بعتق جميع العبد على البائع لأن البينة قد شهدت بعتق جميعه لمزاحمة المبتـاع له ، فان سقطت المزاحمة حكم بعتق العبد ، وان اختــار الامساك ــ فان كان البائع معسرا لم يقوم عليه باقى العبد ، وان كان موسرا فهل يقــوم عليه ؟ فيه قولان ، وقيل : هما وجهان (أحدهما) لا يقوم عليه لأنه لم يعتق عليه باختياره ولم يقوم عليه كما لو ورث نصف من يعتق عليه ، فانه لا يقوم عليه الباقى هنا (والثانى) يقوم عليه الباقى ، لأن البينة قد شهدت عليه أنه أعتق جميعه باختياره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل قال فى الأم : اذا قال لعبده ان قتلت فانت حر ، فاقام العبد بينة انه قتــل واقام الورثة بينـة انه مات ففيه قولان (احدهما) انه تتعارض البينتان ويسقطان ويرق العبد ، لأن بينة القتل تثبت القتل وتنفى الموت ، وبينة الموت تثبت الموت وتنفى القتل ، فيسقطان ويبقى العبـد على الرق (والثانى) انه تقدم بينة القتل ويعتق العبد ، لأن بينة الورثة تشـهد بالموت وبينة العبد تشهد بالقتل ، لأن المقتول ميت ومعها زيادة صفة وهى القتل فقدمت . وان كان له عبدان سالم وغانم فقال لغانم : ان مت فى رمضان فانت حر وقال لسالم ان مت فى شوال فانت حر ثم مات فاقام غانم بينة أنه مات فى رمضان ، واقام سالم بينة بالموت فى شوال ، ففيه قولان (احدهما) انه تتعارض البينتان ويسقطان ويرق العبدان لأن الموت فى رمضان ينفى الموت شوال ، والموت فى شوال ، ينفى الموت فى رمضان فيسقطان وبقى العبدان على

الرق (والقول الثانى) انه تقدم بينة الموت فى رمضان لانه يجوز ان يكون قد علمت البينة بالموت فى رمضان وخفى ذلك على البينة الأخرى الى شوال فقدمت بينة رمضان لما معها من زيادة العلم . وان قال لغانم : ان مت من مرضى فانت حر ، وقال لسالم : ان برئت من مرضى فانت حر ثم مات فاقام غانم بينة بالموت من مرضه ، واقام سالم بينة بأنه برىء من المرض ثم مات ، تعارضت البينتان وسقطتا ورق العبدان ، لان بينة احدهما اثبتت الموت من مرضه ونفت البرء منه ، والأخرى اثبتت البرء من مرضه ونفت موته منه فتعذر الجمع بينهما فتعارضتا وسقطتا وبقى العبدان على الرق) .

الشرح استهل المصنف هذا الفصل بقول الامام الشافعى رضى الله عنه فى الأم (اذا قال لعبده : ان قتلت فأنت حر) فأقام العبد البينة أنه قتل ، وأقام الورثة البينة أنه مات حتف أنفه ففيه قولان (أحدهما) تقدم بينة العبد فيعتق ، لأن معها زيادة صفة ، لأن كل قتل موت ، وليس كل موت قتلا ، (والثانى) أنهما متعارضتان فتسقطان ، ويرق العبد ، لأن بينة القتل تثبت القتل وتنفى الموت ، وبينة الموت تثبت الموت وتنفى القتل فسقطتا ورق العبد . هكذا ذكر الشيخان أبو حامد وأبو اسحق المصنف هنا . قال ابن الصباغ : وينبغى أن يكون على قوله الجديد أن البينتين اذا تعارضتا سقطتا ، ويجىء على قول القديم ، اذا قلنا يستعملان الأقوال الثلاثة فى الاستعمال . قال فى الأم : وان كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم : ان مت فى رمضان فأنت حر وقال لغانم : ان مت فى شوال فأنت حر ثم مات وأقام سالم بينة أنه مات فى رمضان ، وأقام غانم بينة أنه مات فى شوال ففيه قولان (أحدهما) أنه تقدم البينة التى شهدت أنه مات فى رمضان فيعتق سالم ، لجواز أن يكون مات فى رمضان وخفى موته فلم يظهر الا فى شوال وشهدت بينة غانم بموته فى شوال عند ظهوره وبينة سالم معها زيادة علم فقدمت (والثانى) أنهما متعارضتان ، لأنه لا يجوز أن يموت فى رمضان وشوال . قال الشيخ المصنف : فعلى هذا يرق العبدان ، وينبغى ها هنا كما قال ابن الصباغ فى التى قبلها : ان هذا على القول الجديد أن البينتين اذا تعارضتا سقطتا . فأما اذا قلنا بالقول القديم يستعملان أن يكون ها هنا فى الاستعمال ثلاثة أقوال قال فى الأم : وان قال لعبده سالم : ان مت من مرضى هذا فأنت حر ، وقال لعبده غانم : ان برئت من مرضى هـذا فأنت حر ،

ثم مات وأقام سالم بينة أنه مات من مرضه ذلك وأقام غانم بينة أنه برىء من مرضه ذلك ومات من غيره فهما متعارضتان قولا واحدا لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى ــ قال المصنف : ــ فيرق العبدان • قلت : وينبغى أن يقال هنا ما قاله ابن الصباغ فى الأولى وأن هذا على القول الجديد فأما على القديم فتأتى فيه الأقوال الثلاثة فى الاستعمال • هــذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال المسعودى : اذا قامت بينة بموته من مرضه وبينــة تبرئه من مرضه ففيه قولان (أحدهما) أنهما متعارضتان (والثانى) أنه يحكم بالبينة التى شهدت بموته من مرضه ذلك ، وان قال رجل لعبده : ان لم أحج هذا العام فأنت حر فأقام السيد بينة أنه وقف على عرفات تلك السنة وأقام العبد بينة أن السيد يوم النحر كان فى بغــداد فانه لا يحكم بعتق العبد وقال أبو حنيفة : يعتق • دليلنا أنه يحتمل أنه حصل له ذلك من طريق الكرامة ، وأنه سار من عرفات ومكة الى بغداد أو أنه ركب طائرة وصلت الى بغداد من مكة فى ساعة أو نحوها فانا قد ركبنا الطائرة من القاهرة الى جدة من طراز بوينج فى نحو ساعتين (١) أو أقل ، والله تعالى أعلم •

وان أقام السيد بينة أنه وقف على عرفات تلك السنة وأقام العبد بينة أنه كان فى بغداد يوم عرفة ــ قال فى البيان : فلا أعلم فيها نصا قلت : الا أن يكون قد استعمل الطــائرة كما قلنا • قال فى البيــان : والذى يقتضى المذهب أنهما متعارضتان ، لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى فيرق العبد على القول الجديد الذى يقول : انهما يسقطان عند التعارض وعلى القول القديم يكون على الأقوال فى الاستعمال (أحدها) الوقف الى أن ينكشف

---

(١) راجع مقدمة الجزء السابع حيث ذكرنا سبب رحلتنا الى أداء فريضة الحج ، وما كان من الاخوة الفضلاء والأحبة الأوفياء السيد حامد المحضــار والشيخ سالم بالعمش والسيد محمد بن عبد الله باعقيل ، وما احتف بهذه الرحلة من كرم وشهامة وحسن قرى ممن ذكرنا ومن الشيخ حسين باسندوه والشيخ محمد باشيخ والســيد محمد بن احمــد باعقيل الذى بث التعرف بيننا وبين السادة باحارث وبامفلح وبلخير ولا سيما الشــيخ سالم نجــل المرحوم المحسن الكبير الشيخ محمد عوض بن لادن وغيرهم من الغيورين على اتمام طبع هــذا السفر المبارك « المجموع » وحفظ الله الشيخين الفاضلين سعد ومحمد بالعمش وأسبغ عليهما نعمه ظاهرة وباطنة وسائر المحبين .

الحال (والثانى) القرعة (والثالث) القسمة • فاذا قلنا بهذ أعتق جميع العبد لأنه عتق نصفه بالبينة وعتق نصفه الآخر بالسراية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل **وان اختلف المتبايعان فى قدر الثمن او اختلف المتكاريان فى قدر الأجرة أو فى مدة الاجارة فان لم يكن بينة فالحكم فى التحالف والفسخ على ما ذكرناه فى الفسخ فى البيــع ، وان كان لاحدهمــا بينة قضى له ، وان كان لكل واحد منهما بينة نظرت فان كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قضى بالأولى منهما ، لأن العقد الاول يمنع صحة العقد الثانى ، وان كانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخــا واحــدا أو احداهمــا مطلقة والأخرى مؤرخة فهمــا متعارضتان وفيهما قولان (أحدهما) أنهما يسقطان ويصير كما لو لم تكن بينة فيتحالفا على ما ذكرناه فى البيع (والثانى) انهما يستعملان فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضى له ولا يجىء القول بالوقف لأن العقود لا توقف ولا يجىء القول بالقسمة لأنهما يتنازعان فى عقد والعقد لا يمكن قسمته وخرج أبو العباس قولا آخر انه اذا كان الاختلاف فى قدر المدة او فى قدر الأجرة قضى بالبينة التى توجب الزيادة كما لو شهدت بينة ان لفلان عليه الفا وشــهدت بينة ان له عليه الفين وهذا خطأ لأن الشهادة بالألف لا تنفى الزيادة عليه لم يكن بينهما وبين بينة الأخرى تعارض وههنا احدى البينتين تنفى ما شهدت به البينة الأخرى ، لأنه اذا عقد باحد العوضين لم يجز أن يعقد بالعوض الآخر فتعارضتا) .**

الشرح اذا اختلف المتكاريان فى قدر الكراء وفى قدر المكرى وفى قدر المدة أو فى جنس الكراء أو فى عسر المكرى أو اختلف المتبايعــان فى قدر الثمن أو فى قدر المثمن أو فى قدر الأجل أو فى جنس الثمن ـــ فان لم يكن مع أحدهما بينة ـــ فقد مضى ذكره فى اختلاف المتبايعين ، وان كان مع أحدهما بينة دون الآخر قضى لصاحب البينة ، وان كان مع كل واحــد بينة ـــ فان كانت البينتان مؤرختين تاريخا مختلفا قضى بالأولى منهما ، لأن العقد الأول يمنع صــحة الثانى ، وان كانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخــا واحدا أو احداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ـــ فان كان الاختلاف فى جنس الكراء أو فى عين المكرى أو فى جنس الثمن فهما متعارضتان بلا خلاف على المذهب ، لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى ، وان كان الاختلاف فى قدر

الكراء أو فى قدر المكرى أو فى قدر المدة أو فى قدر الثمن أو فى المثمن أو فى قدر الأجل فالمنصوص أنهما متعارضتان ، وخرج أبو العباس بن سريج قولا آخر أنهما غير متعارضتين ، بل يقضى بالبينة التى شهدت بالزائد من ذلك كما لو شهد شاهدان أن لفلان على رجل ألف دينار وشهد آخر أن له عليه ألفين ، فانه يحكم عليه بالألفين ، وهذا خطأ ، لأن كل واحدة من البينتين مكذبة للأخرى فهو كما لو شهدت بينة لرجل بملك عين وشهدت بينة أخرى لآخر بملكها ، ويخالف البينتين فى الألف والألفين ، لأن كل واحدة منهما لا تكذب الأخرى ، وكل موضع قلنا : انهما متعارضتان ففيهما قولان (أحدهما) يسقطان فعلى هذا يكون كما لو لم يكن لأحدهما بينة فيتحالفان (والثانى) يستعملان ولا يجىء ها هنا الوقف ، لأن العقود لا توقف ولا تجىء القسمة لأنهما يختلفان فى عقد والعقد لا يقسم ، وتجىء القرعة فقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضى له بها • قال الفورانى : وان كانت كل واحدة من البينتين زائدة من وجه ناقصة من وجه مثل أن يقول المكرى : أكريت بيتا بعشرين وقال المكترى : بل اكتريت جميع الدار بعشرة فيه قولان (أحدهما) أنهما متعارضتان (والثانى) يجمع بين الزيادتين فيجعل جميع الدار مكراة بعشرين ، وأظن الفورانى فرع هذا على قول أبى العباس رضى الله عنهما انه يقضى بالبينة التى تشهد بالزيادة • فأما على المذهب فهما متعارضتان قولا واحدا • قال المسعودى : وان قال أحدهما : استأجرت هذه الدار من زيد فى شهر رمضان سنة كذا أو كذا وقال الآخر : استأجرتها من زيد فى شوال سنة كذا وأقام على ذلك بينة ففيه قولان (أحدهما) أن بينة رمضان أولى لأنها أسبق (والثانى) بينة شوال أقوى لأنها ناسخة للأولى ويجعل كأنهما تقابلا فى الاجارة فى رمضان ، ثم أجرها من الثانى فى شوال وأراد المسعودى بهذين القولين اذا تنازع متكاريان لدار من رجل فى مدة واحدة وادعى كل واحد منهما أنه اكتراها من مالكها تلك المدة وبينة أحدهما أقدم تاريخا ، والذى يقتضى المذهب أن الأول أصح كما قلنا فى الرجلين اذا ادعيا أنهما ابتاعا من رجل دارا وبينة أحدهما أقدم تاريخا فانه يقضى له •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل اذا ادعى رجلان داراً فى يد رجل وعزيا الدعوى الى سبب يقتضى اشتراكهما كالارث عن ميت والابتياع صفقة فاقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما شـــاركه الآخر لأن دعواهما تقتضى اشـــتراكهما فى كل جزء منهما ، ولهذا لو كان طعاماً فهلك بعضه كان هالكاً منهما وكان الباقى بينهما ، فاذا جحد النصف واقر بالنصف جعل المجحود بينهما ، والمقر به بينهما . وأن ادعيا ولم يعزيا الى سبب فأقر لأحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لأن دعواه لا تقتضى الاشتراك فى كل جزء منه) .

الشرح قوله (عزيا الدعوى) يقال : عزيته وعزوته الى أبيه أى نسبته ، واعتزى هو أى انتمى وانتسب قال الراعى :

فلما التقت فرساننا ورجالهم ... دعوا بالكعب واعتزينا لعامر

وقال بشر بن أبى خازم :

نعلو القوانس بالسيوف ونعتزى ... والخيل مشعرة النحور من الدم

أما الأحكام فانه اذا ادعى رجلان دارا فى يد رجل وأضـــافا الدعوى الى سبب يقتضى اشتراكهما فيها بأن قالا : ورثناها من أبينا وغصبتها منـــا قبل أن تقبضها أو غصبتها من أبينا فى حيـــاته فأقر المدعى عليه بنصـــفها لأحدهما شارك المدعى الثانى المقر له فى هذا النصف المقر له لأنهما أضافا لدعوى الى سبب يوجب اشتراكهما فى كل جزء منها ، ولهذا لو كان طعاما فهلك بعضه كان هالكا منهمـــا ، وكان البـــاقى بينهمـــا فاذا أقر بالنصف وجحدهما عن النصف كان الذى أقر به بينهما والذى أنكر منه بينهـــما . وان قالا ابتعناها صفقة واحدة وغصبتها منا قبل أن تقبضها فأقر لأحدهمـــا بالنصف فهل يشارك المدعى الثانى المقر له فى هذا النصف ؟ فيه وجهـــان (أحدهما) وهو اختيار المصنف هنـــا يشاركه فيه لأن ابتياعهما لها صـــفقة واحدة بسبب يوجب اشتراكهما فى كل جزء منها فهو كما لو قالا ورثنـــاها (والثانى) وهو اختيار القاضى أبى الطيب ولم يذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق غيره أنه لا يشاركه فيه لأن البيع من اثنين بمنزلة البيع فى صفقتين .

قال الشيخ أبو حامد : وان قالا : ورثناها من أبينا وقبضناها ثم غصبتها علينا فأقر لأحدهما بنصفها لم يشارك المدعي المقر له في النصف المقر به لأن بعد القبض يجوز أن نعصب نصيب أحدهما دون نصيب الآخر ، وأما المصنف ومن قبله ابن الصباغ فلم يشترطا عدم قبضهما لها في اشتراكهما في النصف المقر به لأحدهما ، وان ادعياها وأضافا الدعوى الى سببين أو أطلق الدعوى وأضاف أحدهما الى سبب وأطلق الآخر دعواه ، فأقر لأحدهما بنصفها ثم شارك المدعى الثاني المقر له في هذا النصف ، لأن دعوى المقر له لا يقتضي أن الثاني يشاركه فيما أقر له به منهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان ادعى رجلان دارا في يد ثالث لكل واحد منهما نصفها واقر الذى هي في يده بجميعها لأحدهما نظرت فان كان قد سمع من المقر له الاقرار للمدعي الآخر بنصفها لزمه تسليم النصف اليه لأنه اقر بذلك ، فاذا صار اليه لزمه حكم اقراره كرجل أقر لرجل بعين ثم صارت العين في يده ، وان لم يسمع منه اقرار فادعى جميعها حكم له بالجميع لأنه يجوز ان يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح ، لأن من له الجميع فله النصف ، ويجوز ان يكون قد خص النصف بالدعوى لأن له على النصف بينة ، او يعلم انه مقر له بالنصف وتنتقل الخصومة اليه مع المدعي الآخر في النصف ، وان قال الذى في يده الدار : نصفها لي والنصف الآخر لا أعلم لمن هو ففيه ثلاثة أوجه (احدهما) انه يترك النصف في يده لأنه أقر لمن لا يدعيه فبطل الاقرار وبقي على ملكه (والثاني) ان الحاكم ينتزعه منه ويكون عنده لأن الذى في يده لا يدعيه ، والمقر له لا يدعيه ، فأخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال (والثالث) انه يدفع الى المدعي الآخر لأنه يدعيه وليس له مستحق آخر ، وهذا خطأ لأنه حكم بمجرد الدعوى) .

الشرح فجملة ذلك أنه ان كانت دار في يد رجل وادعى رجلان كل واحد مهما نصفها ولم يضيفا الدعوى الى سبب يقتضي اشتراكهما فأقر المدعى عله لأحدهما بجميع الدار ـ نظرت ، فان كان قد سمع من المقر له اقرار المدعى الثاني بنصفها قبل ذلك أو أقر له الآن بنصفها ـ لزمه تسليم النصف اليه لأنه أقر له بذلك ، فاذا صارت الدار بيده لزمه تسليم ما أقر

به ، وان لم يسمع من المقر له أن جميعها له حكم له بجميعها ، لأنه يجوز أن يكون الجميع له ، ودعواه فى نصفها صحيحة ، لأن من له الجميع فله النصف ، وانما خص النصف بالدعوى لأنه عالم أنه يقر له بالنصف أو له بينة فادعى ما فيه خلف بينهما . ولأنه يجوز أن يكون له لنصف حال الدعوى ثم يجدد له ملك النصف بعد الدعوى بأرث أو ابتياع فيكون له الجميع . وان أقر المدعى عليه لأحدهما بجميعها ولم يسمع من المقر له اقرار المدعى الثانى بنصفها ولا أدعى الجميع لنفسه بل قال : لى النصف لا غير والنصف الثانى ، لأن باقرار المدعى عليه بجميع الدار للمدعى الثانى أخبر أنه لا يملك شيئا من الدار ، ويرد المقر له اقراره فى هذا النصف أخبر أنه لا يملك فلم يبق ها هنا مدع له لا المدعى الثانى فوجب تسليمه اليه (والثالث) أن الحاكم ينزعه من يد المدعى عليه ويحفظه الى أن يجيء من يدعيه ويقيم عليه البينة ، لأن الذى فى يده الدار لا يدعيه والمقر له به لا يدعيه . ولا يجوز أن يسلم الى المدعى الثانى بالدعوى ، فلم يبق الا أن يحفظه الحاكم . قال ابن الصباغ : فعلى هذا يأخذه الحاكم ويحفظ أجرته وقال أبو على ابن أبى هريرة فى الايضاح : يفرقها الحاكم فى مصالح المسلمين ، وليس بشيء لأن الأجرة تابعة للأصل ، والأول أصح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **اذا مات رجل وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا وادعى كل واحد منهما انه مات ابوه على دينه وانه يرثه واقام على ما يدعيه بينة فان عرف انه كان نصرانيا نظرت فان كانت البينتان غير مؤرختين حكم ببينة الاسلام لان من شهد بالنصرانية شهد بالاصل ، والذى شهد بالاسلام شهد بامر حادث خفى على من شهد بالنصرانية ، فقدمت شهادته كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل ، فان شهدت احداهما انه مات وآخر كلامه الاسلام وشهدت الاخرى بانه مات وآخر كلامه النصرانية فهما متعارضتان وفيهما قولان (احدهما) انهما يسقطان فيكون كما لو مات ولا بينة فيكون القول قول النصرانى لان الظاهر معه (والثانى) انهما تستعملان ، فان قلنا بالقرعة اقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ورث ، وان قلنا بالوقف وقف ، وان قلنا بالقسمة ففيه وجهان (احدهما) انه يقسم كما يقسم فى غير الميراث (والثانى)**

وهو قول ابى اسحق انه لا يقسم لانه اذا قسم بينهما تيقن الخطأ فى توريثهما وفى غير الميراث يجوز ان يكون المال مشتركا بينهما فقسم • وان لم يعرف أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين او مؤرختين ، وفيهما قولان (احدهما) انهما يسقطان ، فان كان المال فى يد غيرهما فالقول قول من فى يده المال ، وان كان فى يديهما ، وقلنا : انهما يستعملان فان قلنا : يقرع اقرع بينهما ، وان قلنا : يوقف وقف الى أن ينكشف ، وان قلنا : يقسم قسم وقال ابو اسحق لا يقسم لانه يتيقن الخطأ فى توريثهما والمنصوص انه يقسم • وما قاله أبو اسحق خطأ لأنه يجوز أن يموت وهو نصرانى فورثه ابناه وهما نصرانيان ثم أسلم احدهما وادعى أن اباه مات مسلما لياخذ الجميع ويغسل الميت ويصلى عليه فى المساجد كلها ويدفن فى مقابر المسلمين وينوى بالصلاة عليه أن كان مسلما ، كما قلنا فى موتى المسلمين اذا اختلطوا بموتى الكفار •)

الشرح اذا مات رجل وخلف اثنين مسلما ونصرانيا لا وارث له غيرهما وادعى كل واحد منهما أن آباه مات على دينه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين عدلين فلا يخلو حال الميت اما أن يعرف أصل دينه ان كان نصرانيا أو لا يعرف أصل دينه فان عرف أصل دينه ، فان كان نصرانيا ـ نظرت فى البينتين ـ فان كانتا مطلقتين واحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة حكم بأنه كان مسلما ، ويكون ميراثه لابنه المسلم ، لأن التى تشهد بأمر حادث على النصرانية ربما خفى على الآخر فقدمت كما تقدمت بينة الجرح على بينة العدالة ، وان كانت البينتان مؤرختين تاريخا واحدا فان شهدت احداهما أن آخر كلامه التلفظ بالاسلام وشهدت الأخرى أن آخر كلامه التلفظ بالنصرانية فهما متعارضتان ؛ لأنهما متنافيتان • فان قلنا : ان البينين اذا تعارضتا بسقط كان كما لو لم يكن لأحدهما بينة ، ويكون القول قول النصرانى مع يمينه أنه لا يعلم أنه مات مسلما ، لأن الأصل بقاؤه على النصرانية وعدم الاسلام ، فان حلف كان الميراث له وان نكل عن اليمين ردت على الثانى فحلف أنه مات مسلما • فاذا حلف كان الميراث له ، وان قلنا : انهما يستعملان ، فان قلنا بالوقف وقف المال لأنه هو المتداعى ، وان قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم ببينته ، وهل يحلف مع القرعة ؟ فيه قولان ، وان قلنا بالقسمة فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق المروزى : لا يجوز أن يقسم بينهما الميراث لأنا نتيقن الخطأ فى توريث أحدهما وقال أكثر أصحابنا يقسم بينهما وهو المنصوص فى الأم ، كما لو

ادعيا ملكا من غير الميراث وأقام كل واحد بينة وقلنا بالاستعمال بالقسمة ومنا قال أبو اسحق المروزى من الخطأ فى القسمة غير صحيح ، لأنه يجوز أن يكون الأب مات نصرانيا وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى أن أباهما مات مسلما ليحوز جميع ميراثه ، وان لم يعرف أصل دين الميت ، فان البينتين متعارضتان سواء كانتا مؤرختين تاريخا واحدا أو مطلقتين ، أو أحداهما أثبتت أمرا حادثا بعد ذلك الأصل ـ فان قلنا : ان البينتين اذا تعارضتا سقطتا ـ صار كما لو لم يقم أحدهما بينة . فان كان الشىء الذى يتداعيانه فى غيرهما كان القول قوله ، وان كانت فى يد أحدهما فهو أحق به ويحلف الآخر ، وان كان فى يدهما قسم بينهما ويحلف كل واحد منهما لصاحبه على النصف الذى حصل له ، هكذا ذكر الشيخ المصنف هنا ومن قبله الشيخ أبو حامد الاسفراينى . قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأنه اذا كان فى يد أحدهما فانه يعترف أنه للميت الذى ادعى أنه يرثه ، والآخر يدعى مثل ذلك ، فلا ينبغى أن يكون ليده حكم ، بل ينبغى أن يكون موقوفا ومقسوما بينهما ، وان كان فى يد أحدهما فينبغى أن يوقف وتكون يدهما عليه أو يقسم بينهما بحكم اليد ولا يتحالفان . وان قلنا : ان البينتين تستعملان ـ فان قلنا بالوقف ـ وقفت التركة ، وان قلنا بالاقراع بينهما أقرع بينهما ، وان قلنا بالقسمة فالمذهب أنها تقسم بينهما . وقال أبو اسحاق : لا تقسم بينهما ، وقد مضى دليلهما .

ويصلى على الميت وينوى الصلاة عليه ان كان مسلما ويدفن فى مقابر المسلمين تغليبا للاسلام كما قال الشافعى رضى الله عنه : اذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكافرين ولم يتميزوا . هذا مذهبنا وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة : يقضى ببينة الاسلام بكل حال .

دليلنا أنهما اذا تعارضتا كانت كل واحدة منهما مكذبة للأخرى ، وليس مع أحدهما زيادة علم فسقطتا ، كما لو شهدتا بعين فى يد غير المدعين .

فصل قال الخرقى فى متنه فى فقه أحمد : ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه

مات كافرا فالقول قول الكافر مع يمينه لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافرا مدعيا لاسلامه ، وان لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوى أيديهما ا هـ قال ابن قدامة : وجملته أنه اذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر ، لأن المسلم لا يخلو من أن يدعى كون الميت مسلما أصـليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوة الكافر مرتدا ، وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على ردته فى دار الاسلام أو يقول : ان أباك كان كافرا فأسلم قبل موته ، فهو معترف بأن الأصـل أخوه مدع زواله وانتقاله ، والأصـل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله ، وهذا معنى قول الخرقى : ان المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافرا مدعيا لاسلامه •

وذكر ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما فى الدعوى سـواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينا فى أيديهما ، ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما ، وهو قول أبى حنيفة لأن الدار دار الاسـلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف أصل دينه حكم الاسلام فى الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على كفان المسلمين ، ولأن هذا حكمه حكم الموتى المسلمين فى تغسيله والصلاة عليه ودفنه فى مقـابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك فى ميراثه ، ولأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدا لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته الى الامام خبره ، وظهور الاسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه ، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه •

وقال القاضى : قياس المذهب أنا ننظر ـ فان كانت التركة فى أيديهما ـ قسمت بينهما نصفين ، وان لم تكن فى أيديهما أقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف واستحق كما قلنا فيما اذا تداعيا عينا ، ويقضى كلامه أنها اذا كانت فى يد أحدهما فهى له مع يمينه ، وهذا لا يصح ، لأن كل واحد منهما يعترف أن هذه التركة تركة هذا الميت ، وأنه انما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده •

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا • وهذا قول الشافعي •

ولنا ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله : وصرف الميراث اليه • وأما ظهور حكم الاسلام فى الصلاة فلأن الصلاة لا ضرر فيها على أحد وكذلك تغسيله ودفنه •

وأما قوله : ان الاسلام يعلو ولا يعلى فانما يعلو اذا ثبت والنزاع فى ثبوته • وهذا لم يثبت ، فأما ان ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه على من يثبته مع يمينه • وهذا قول الشافعي • وأبى ثور وابن المنذر • وقال أبو حنيفة : القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا فى التى قبلها •

ولنا أن الأصل بقاء ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع ، فأما ان لم يعترف المسلم بأخوة الكافر وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهما سواء فى الدعوى لتساوى أيديهما ودعاويهما فان المسلم والكافر فى الدعوى سواء ، ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان فى أيديهما دار فادعاها كل واحد منهما ولا بينة لهما ، ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرناه والله أعلم اهـ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان مات رجل وخلف ابنين واتفق الابنان ان اباهما مات مسلما وأن احد الابنين أسلم قبل موت الأب واختلفا فى الآخر ، فقال اسلمت انا ايضا قبل موت أبى فالميراث بيننا ، وأنكر الآخر فالقول قول المتفق على اسلامه لأن الأصل بقاؤه على الكفر • ولو اتفقا على اسلامهما واختلفا فى وقت موت الأب فقال أحدهما : مات أبى قبل اسلامك فالميراث لى • وقال الآخر : بل مات بعد اسلامى أيضا فالقول قول الثانى لأن الأصل حياة الأب ، وان مات رجل وخلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فقال الأبوان : مات كافرا وقال الابنان : مات مسلما فقد قال أبو العباس : يحتمل قولين (أحدهما) أن القول قول الأبوين لأنه اذا ثبت أنهما كافران كان الولد محكوما بكفره الى أن يعلم الاسلام (والثانى) أن الميراث يوقف الى أن يصطلحوا أو ينكشف الأمر لأن**

الولد انما يتبع الأبوين فى الكفر قبل البلوغ ، فأما بعد البلوغ فله حكم نفسه ، ويحتمل انه كان مسلما ويحتمل أنه كان كافرا فوقف الأمر الى أن ينكشف).

الشرح اذا مات رجل وخلف ابنين ودارا واتفقا على أن أباهما مات مسلما فى أول شهر رمضان وأن أحدهما أسلم فى شعبان واختلفا فى اسلام الثانى فقال الثانى : أنا أسلمت فى شعبان أيضا فلى الميراث معك وقال أخوه : بل أسلمت فى رمضان بعد موت أبى ولا بينة لمن ادعى الاسلام فى شعبان فالقول قول المتفق على اسلامه فى حياة الأب ، فيحلف أنه لا يعلم أن أخاه أسلم فى حياة أبيه ، ويكون له جميع الميراث ، لأن الأصل عدم اسلامه . قال الشافعى رضى الله عنه : وهكذا اذا مات رجل وخلف اثنين فاتفقا على أن أباهما مات حرا ، وأن أحدهما عتق قبل موت الأب . واختلف فى وقت عتق الآخر فادعى أنه أعتق أيضا فى حياة أبيه ، وقال أخوه : بل اعتقت أنت بعد موت أبينا فالقول قول المتفق على عتقه فى حياة أبيه . فاذا حلف كان له جميع الميراث لما ذكرناه ، وان اتفق الابنان أن أحدهما أسلم فى أول شعبان وأن الآخر أسلم فى أول شهر رمضان واتفقا أن أباهما مات مسلما الا أنهما اختلفا فى وقت موته فقال الذى أسلم فى شعبان : مات أبى فى شعبان فلى الميراث دونك ، وقال الذى أسلم فى رمضان : بل مات أبى فى رمضان بعد أن أسلمت ، فالميراث بيننا ، فالقول قول الذى أسلم فى رمضان مع يمينه ، لأن الأصل حياة الأب وعدم موته ، فاذا حلف كان الميراث بينهما ، وان مات رجل وخلف أبوين كافرين واثنين مسلمين فادعى الأبوان أنه مات كافرا فهما أحق بميراثه ، وادعى الأثنان أنه مات مسلما فهما أحق بميراثه قال أبو العباس : فيحتمل قولين (أحدهما) ان قولين قول الأبوين لأن الأبوين اذا كانا كافرين فولدهما قبل البلوغ كافر تبع لهما ، ولأصل بقاؤه على الكفر الى أن يعلم اسلامه ، قال : وهذا أشبه بقول العلماء (والثانى) أن الميراث يوقف الى أن يصطلحوا أو ينكشف الحال فيه لأن الولد انما يتبع أبويه فى الكفر قبل البلوغ ، وأما بعد البلوغ فله حكم نفسه ، ويحتمل أنه مات كافرا ، ويحتمل أنه مات مسلما ، وليس ها هنا أصل يبنى عليه ، فوقف الى أن يصطلحوا أو ينكشف حاله .

فــرع اذا مات رجل وخلف زوجة مسلمة وأخا مسلما وأبنــا كافرا فقالت الزوجة والأخ : مات مسلما فالميراث لنا ، وقال الابن : قد مات كافرا فالميراث لى ، فان أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيهــا كالحكم فى الرجل اذا مات وخلف ابنين أحدهمــا نصرانيا والآخر مسلما فادعى كل واحد منهما أن أباه مات على دينه على ما مضى ، وان لم يكن لهم بينة فان عرف أصل دينه أنه كافر ـ فالقول قول الابن لأن الأصــل بقاؤه على الكفر ، وان لم يعرف أصل دينه وقف الأمر الى أن يصطلحوا أو ينكشف الحال . وبهذا قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل وان مات رجل وله ابن حاضر وابن غائب وله دار فى يد رجل فادعى الحاضر ان اباه مات وان الدار بينه وبين اخيه واقام بينــة من أهل الخبرة بانه مات وانه لا وارث له سواهما انتزعت الدار ممن هى فى يده ويسلم الى الحاضر نصفها وحفظ النصف الغائب . ان كان له دين فى الذمة قبض الحاضر نصفه وفى نصيب الغائب وجهان (احدهما) أنه يأخذه الحاكم ويحفظه عليه كالعين (والثانى) انه لا يأخذه لأن كونه فى الذمة احفظ له ولا يطالب الحاضر فيما يدفع اليه ضمين لأن فى ذلك قدحا فى البينة . وان لم تكن البينة من اهل الخبرة الباطنة أو كانت من اهل الخبرة الا انها لم تشهد بانها لا تعرف له وارثا سواه لم يدفع اليه شىء حتى يبعث الحاكم الى البلاد التى كان يسافر اليها فيسأل هل له وارث آخر ؟ فاذا سأل ولم يعرف له وارث غيره دفع اليه . قال الشافعى رحمه الله : يأخذ منه ضمينا وقال فى الأم : واحب أن يأخذ منه ضمينا فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) انه يجب اخذ الضمين لانه ربمــا ظهر وارث آخر (والثــانى) انه يستحب ولا يجب لأن الظاهر أنه لا وارث له غيره ومنهم من قال ان كان الوارث ممن يحجب كالأخ والعم وجب ، وان كان ممن لا يحجب كالابن استحب ، لأن من لا يحجب يتيقن أنه وارث ، ويشك فيمن يزاحمه فلم يترك اليقين بالشك ومن يحجب يشك فى ارثه وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال : ان كان الوارث غير مأمــون وجب لأنه لا يؤمن أن يضــيع حق من يظهــر ، وان كان مامونا لم يجب لانه لا يضيع حق من يظهر حمل القولين على هذين الحالين وان كان الوارث ممن له فرض لا ينقص كالزوجين فان شــهد الشــهود انه لا وارث له سواه وهم من أهل الخبرة دفع اليه أكمل الفرضين ، ولا يؤخــذ منه ضمين وان لم يشهدوا أنه لا وارث له سواه او شهدوا بذلك ولم يكونوا

من اهل الخبرة دفع اليه انقص الفرضين فان كان زوجا دفع اليه ربع الثمن عائلا ويوقف الباقي فان لم يظهر وارث آخر دفع اليه الباقي) •

الشرح قال الشافعي رضي الله عنه : « ولو أقام رجل بينة أن أباه هلك وترك هذه الدار ميراثا له ولأخيه الغائب أخرجتها من يدى من هى فى يديه وأعطيته منها نصيبه وأخذت نصيب الغائب » وجملة ذلك أنه اذا كان فى يد رجل دار فجاء آخر وادعى أن أباه مات وترك هذه الدار له ولأخيه الغائب فأنكر من هى بيده — فان لم يكن مع المدعي بينة — فالقول قول من الدار فى يده مع يمينــه ، وان أقام الابن الحــاضر بينة أن أباه مات وخلف هذه الدار له ولأخيه الغائب ، وقالت البينة : لا نعلم وارثا سواهما والبينة من أهل الخبرة الباطنة بالميت فان الحاكم يسمع هذه البينة ويحكم بالدار للميت وينزعها ممن هى بيــده ويسلم الى الحــاضر نصفها ويسلم النصف الثاني للغائب الى أمين يحفظ له الى أن يقدم ، وان أمكن اكراءه أكراه له وحفظ أجرته ، وكذلك اذا كانت العين المدعى بها مما ينقل ويحول •

فــــرع فى مذاهب العلماء : قلنا ان أقام الابن الحاضر بينة بملك الدار وألا وارث له سواهما فان الحاكم يحكم بالدار للميت ويســلم الى الحاضر نصفها ويحفظ الثاني بيد أمين ولو أكراه سواء أكانت العين ثابتة أم منقولة وبهذا قال أبو يوسف ومحمــد وأحمد رضى الله عنهم • وقال أبو حنيفة : ان كانت العين المدعى بها مما ينقل ويحــول فكما قلنا ، وان كانت مما لا ينقل ويحول كالدار والأرض فانه لا ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه حتى يقدم الغائب ويدعيه كما لو ادعى رجل أن هذه الدار له ولشريكه وأقام على ذلك بينة فان نصيب الغائب لا ينزع •

دليلنا أن هذه الدار اذا ثبتت فانما ثبتت للميت ثم تنتقل الى ورثته ، وما كان حقا للميت فعلى الحاكم سماع البينة فيه ، لأنه يلى على الأموات بخلاف الدار بين الشريكين فانه ولاية له على الغــائب ، ولأن نصيب أحد الأخوين الوارثين متعلق بسلامة نصيب الآخر ، لأنه لو أخذ الحاضر النصف ثم قدم الغائب فجحده من هو بيده عن النصف الباقى ، ولم يقم بينة فانه

يشارك أخاه فى النصف الذى حصل له ، فلذلك سمعاه وحكم بها ، ولأن كل ما كان للحاكم أن ينزعه اذا كان مما له أن ينزعه وان كان مما لا ينقل كما لو كان أخوه صغيرا أو مجنونا •

فـــرع وان كان المدعى دينا ففيه وجهان (أحدهما) أنه يؤخذ نصيب الغائب ويحفظ عليه كما لو كان المدعى به عينا (والثانى) ليس له أن يأخذ لأن تركه فى الذمة أحوط لصاحبه ، واذا دفع الى الحاضر نصيبه من العين فى هذا القسم لم يجب أن يؤخذ منه ضمين ، لأن فى ذلك طعنا على البينة • فأما اذا لم تكن البينة من أهل الخبرة الباطنة بالميت أو كانت من أهل الخبرة الباطنة الا أنها لم تشهد بأنها لا تعلم له وارثا غيرهما ، أو شهدت بأنه مات وخلف هذين الاثنين ولم يقل : وهمـــا وارثان فان الدار تثبت للميت ، ولكن لا يسلم الى الابن الحاضر شىء من الدار بمجرد هـــذه الشـــهادة لأنها لم تشهد بما تستحقه من الدار ، ولكن يبعث الحاكم الى البلاد التى كان يسافر اليها الميت ويقيم بها ويسأل فيها هل له وارث فيها ؟ فاذا سأل عن ذلك وغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له وارث آخر لظهر ، ولم يظهر له وارث فانه يدفع الى الحاضر نصيبه لأن الظاهر أنه لو كان له وارث لظهر ، وصار هذا الظاهر مع البينة بمنزلة ما لو شهدت البينة بأنهـــا لا تعلم أن له وارثا غيرهما وهى من أهل الخبرة الباطنة بالميت •

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ويؤخذ منه ضمين وهذا يقتضى وجوب أخذ الضمين • وقال فى الأم : وأحب أن يؤخذ منه الضمين • واختلف أصحابنا فيها على طريقين فمنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يجب أخذ الضمين منه لأنه ربما ظهر له وارث آخر وربما كان المدفوع اليه غائبا أو ميتا فوجب أخذ الضمين منه للاستيثاق (والثانى) لا يجب ولكن يستحب لأن الظاهر أنه لا وارث له غير هذا الحاضر والغائب اذ لو كان له وارث غيرهما لظهر • ومن أصحابنا من قال : ان كان الحاضر غير ثقة وجب أخذ الضمين منه ، لأنه لا يؤمن أن يضيع حق من يظهر • وان كان ثقة لم يجب أخذ الضمين منه وانما يستحب ، لأنه يؤمن أن يضيع حق من يظهر وحمل القولين على هذين الحالين •

فـــرع وان كان المـدعى ممن يحجب عن الميراث كالأخ وابن الأخ والعم وابن العم وأقام بينـة أن أخاه مات وخلفه وارثا فان شـهد الشاهدان بأنهما لا يعلمان وارثا سواه أو شهدا بذلك وكانا من أهل الخبرة الباطنة بالميت دفع الدار الى الأخ ولم يؤخذ منه الضمين كالابن • وان لم يشهد الشاهدان بأنهما لا يعلمان له وارثا سواه أو شهدا بذلك ولكنهـما ليسا من أهـل الخبرة الباطنة بالميت فان الدار تثبت للميت ولا تدفع الى الأخ لجواز أن يكون هناك وارث يحجبه ، ولكن يبعث الحاكم الى البلاد التى كان الميت يدخلها ويقيم بها ويسأل هل له وارث ؟ فان لم يظهر له وارث دفع الى الأخ كما قلنا فى الابن وهل يجب أخذ الضمين منه ؟ ان قلنا : يجب أخذ الضمين من الابن فمن الأخ أولى • وان قلنا : لا يجب أخذ الضمين من الابن ففى الأخ وجهان (أحدهما) لا يجب كما لا يجب أخـذه من الأبن ولكن يستحب (والثانى) يجب لأن الابن لا يجوز أن يحجب بحال ، والأخ يجوز أن يكون هناك من يحجبه •

فـــرع وان شهد الشاهدان أن هذا أخوه ولم يشهدا أنه وارثه قال أبو العباس : لم يجز للحاكم أن يدفع اليه المال ، وان سأل عن وارث له آخر حتى يشهد أنه وارث ــ والفرق بينه وبين الابن حيث قلنـا : اذا شهد أنه ابنه ولم يشهد أنه وارث يدفع اليه بعد أن يسأل عن وارث آخر أن الابن يتيقن كونه وارثا ، والأخ لا يتيقن كونه وارثا لجـواز أن يكون هناك وارث يحجبه •

فـــرع وان كان المدعى ممن له فرض مقدر ــ نظرت ، فان شهد الشاهدان أنه وارث لا يعلم له وارث سواه وهما من أهل الخبرة البـاطنة بالميت دفع اليه نصيبه كاملا ولا يؤخذ منه ضمين ، وان شهدا بأنه ورثه ولم يقولا : ولا نعلم له وارثا غيره أو شهدا بذلك وليسا من أهل الخبرة الباطنة بالميت فان الحاكم يدفع اليه القدر الذى تيقنه من الميراث له ، فان كان زوجا دفع اليه ربعا عائلا وهو ثلاثة أسهم من مائة وثمانية أسهم • وان كان أبا دفع السدس عائلا وهو سهم من عشرة ، لأن ذلك أقل حق كل واحد منهم ،

ويوقف الباقي حتى يسأل عن الميت فى البلاد التى كان يسافر اليها ويقيم بها ، فان لم يظهر له وارث ينقصه ففيه وجهـان (أحدهما) لا يكمل له فرضه لعدم البينة (والثانى) يكمل لصاحب الفرض فرضه وهو الأصح •

فـــرع اذا شهد شاهدان لرجل أنه ابن زيد لا يعلم له ابن غيره ثبت نسبه من زيد ولا يكونان متعارضين ، لأنه يجوز أن يعرف كل واحد منهما ما لا يعرف الآخر • والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة على كل حال •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان ماتت امراة وابنها فقال زوجها : ماتت فورثها الابن ثم مات الابن فورثته وقال أخوها : بل مات الابن اولا فورثتـه الأم ثم ماتت فورثتها لم يورث ميت من ميت بل يجعل مال الابن للزوج ومال المرأة للزوج والاخ لانه لا يرث الا من تيقن حياته عند موت مورثه وها هنا لا تعرف حياة واحد من الميتين عند موت مورثه فلم يورث احدهما الآخر كالغرقى •

فصـــل وان مات رجل وله دار وخلف ابنا وزوجة فادعى الابن انه تركها ميراثا وادعت الزوجة انه اصدقها الدار واقام كل واحد منهما بينـة قدمت بينة الزوجة على بينة الارث لأن بينة الارث تشهد بظاهر الملك المتقدم وبينة الصداق تشهد بامر حادث على الملك خفى على بينة الارث) .

الشرح اذا كانت له زوجة وله ابن منها ولها أخ فماتت الزوجة وابنها فاختلف الزوج والأخ فقال : ماتت الزوجة أولا فورثتها أنا وابنها ثم مات الابن فورثته ، وقال الأخ : بل مات الابن أولا فورثته الأم ثم ماتت فورثتها أنا وأنت فان كان لأحدهما بينة بما يدعيه ثبت ما ذكره ، وان لم تكن بينة فالقول قول الأخ مع يمينه فى ارثه من أخته ، لأن الزوج يدعى فى حجبه من ميراثها والأصل عدم حجته والقول قول الزوج مع يمينه فى ارثه من ابنه ، لأن الأخ يدعى ارث الأم منه والأصل عدم ارثها فلا ترث الزوجة من ابنها بل يكون ماله كله لأبيـــه ، ولا يرث الابن من مال أمه بل يكون مالها للأخ والزوج ، لأن من لم يتيقن حياته بعد موت مورثه لم يرث منه

شيئا وكل واحد منهما لا يتيقن حياته بعد موت مورثه ، فلم يرث أحدهما من الآخر كالغرقى •

فان قيل فقد أعطيتم الزوج نصف ميراث المرأة وهو لا يدعى الا الربع ؟ قلنا : بل هو مدع له كله ربعه بميراثه منها وثلاثة أرباعه بارثه من ابنه • وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الأب منه الا ببينة تقوم للأخ ، وقد ذهب ابن قدامة من الحنابلة الى احتمال أن الميراث ينقسم بينهما نصفين نقله عن القاضي أبي بكر الذي قال : وهذا اختياري أن كل رجلين أدعيا ما لا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين ، وهذا لا يدرى ما أراد به أن مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخرقي وليس بقول آخر ، وان أراد أن مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لأنه يفضى الى أعطاء الأخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقينا ، لأنه لا يدعى من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن أن يستحق أكثر منه • وان أراد أن ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الأخ فيه ، وانما النزاع بينهما فى نصفه ويحتمل أن يكون هذا مراده كما لو تنازع الأخ فيه وانما النزاع بينهما خفى كما لو تنازع رجلان دارا فى أيديهما فادعاها أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعى النصف ، الا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك أن الدار فى أيديهما فكل واحد منهما فى يده نصفها ، فمدعى النصف يدعيه وهى فى يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفى مسألتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا يد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما وانما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما • وان أراد أن يضم سدس مال الابن الى نصف المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه ، لأنهما تساويا فى دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة فى أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به ، والذى يقتضيه مذهب أحمد فى الغرقى والهدمى أن يكون سدس ميراث الابن للاخ وباقى الميراث للزوج لأنهم يقدرون أن المرأة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورث الزوج كل ما فى يده فصار ميراثها كله لزوجها ، ثم ان الابن مات أولا فورثه أبواه لأمه الثلث

ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الأخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا ، ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وارثهما على الجهل به ، والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول القاضى أبى بكر فيما اذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيرا ، وأن الآخر مات قبله ، فان كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم بها ، وان أقاما بينتين تعارضتا وهل تسقطان أو تستعملان فيقرع بينهما أو يتقاسمان ما اختلفا فيه ؟ يخرج على الروايات الثلاث هكذا أفاد ابن قدامة فى المغنى .

فرع وان مات رجل وخلف ابنا ودارا وزوجة وادعى الابن أن أباه ترك الدار ميراثا ، وادعت الزوجة أنه أصدقها الدار فى حياته ، وأقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه قدمت بينة الزوجة لأن بينة الابن تشهد بأصل الملك ، وبينة الزوجة تشهد بأمر حادث خفى على بينة الابن فقدمت كما لو كان الزوج حيا وأقام بينة أن الدار ملكه وأقامت الزوجة بينة أنه أصدقها الدار ، لا نعلم فى هذا خلافا بين العلماء .

فرع وان كان فى يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها اياها أو أنها اشترتها منه فأنكرها ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن القول قول المنكر مع يمينه ، وان أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة لأنها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج ولا نعلم فى هذا خلافا بين العلماء والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تداعى رجلان حائطا بين داريهما فان كان مبنيا على تربيع احدهما مساويا لها فى السمك والحد ولم يكن بناؤه مخالفا لبناء الدار الأخرى ولم تكن بينة لأحدهما فالقول قول من بنى على تربيع داره لان الظاهر أنه بنى لداره وان كان لأحدهما عليه أزج فالقول قوله لأن الظاهر أنه بنى للأزج وان كان مطلقا وهو الذى لم يقصد به سوى السترة ولم تكن بينة حلفا وجعل بينهما لانه متصل بالملكين اتصالا واحدا وان كان لأحدهما عليه جذوع لم يقدم على الآخر بذلك لأنهما لو تنازعا فيه قبل وضع الجذوع كان بينهما ووضع الجذوع يجوز ان يكون باذن من الجار او بقضاء حاكم يرى وضع

الجذوع على حائط الجار بغير رضاه يزيل ما تيقناه بأمر محتمل كما لو مات رجل عن دار ثم وجد الدار فى يد اجنبى) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : (فان تداعى رجلان جدارا بين داريهما فان كان متصلا ببناء أحدهما اتصال البناء الذى لا يحدث الا من أول البنـاء ، جعلته له دون المنقطع منه) وجملة ذلك أن الرجلين اذا تنازعا فى جدار بين ملكيهما ، وادعى كل واحد أنه ملكه ــ فان كان لأحدهما بينة دون الآخر ــ قضى لصاحب البينة ، وان لم يكن لأحدهما بينة نظرت ــ فان كان لأحدهما عليه بناء لا يمكن احداثه بعد كمال البناء ــ بأن كان عليـه أو فيه أزج معقود ــ وهو ما يكون بين محاريب المسـاجد وبين الأساطين كالأقواس ــ قال الأعشى :

بناء سليمان بن داود حقبة له أزج صم وطىء موثق

فالقول قول صاحب الأزج مع يمينه . قال الشيخ أبو حامد : لأن جدار الأزج معقود على نظام فى اعوجاجه واستوائه لا يشذ ولا يختلف نظـامه وانما حلفناه لجواز أن يكونا اشترطا فى بناء الأساس ثم عقد أحدهما الأزج عليه باذن صاحبه . قال ابن الصباغ فان كان مبنيا على تربيع بناء أحدهما متصلا به مساويا له فى السمك دون الآخر فالقـول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر أنه له قال أبو اسحق المروزى : وان كان الجدار خمسة عشر ذراعا فعشر منه بين داريهما ولأحدهما خمسة أذرع متصلة بالعشرة ثم تنازعا فى العشرة فالقـول قول صاحب الخمسـة مع يمينه فى العشرة لأنه لا يمكن احداث ما ينفرد به دون الذى تنازعا فيه . فعلم أن الجميع له كما لو كان لأحدهما عليه أزج وقال الشيخ أبو حامد هذا غلط لا يجىء على المذهب ، لأن انفراده ببعض الحائط لا يدل على أن جميع الحائط له ، لأنه يجوز أن يكونا قد اشتركا فى بناء الذى بينهما وانفرد صاحب الزيادة ببنائها ويخالف اذا كان لأحدهما عليه أزج لأن الأزج موضوعة على الجدار ، فالظاهر أنه وضعها فى ملكه .

فـــرع فان كان الحائط على خشبة طويلة فأقر أحدهما لصـاحب

الخشبة وتنازعا فى الحائط أو تنازعا بالخشبة والحائط وقامت لأحدهما بنية بالخشبة أو كان بعض الخشبة فى ملك أحدهما فالقول قول صاحب الخشبة أو من بعضها فى ملكه مع يمينه فى الحائط لأنها لا تتبعض ، فاذا حكم له ببعضها حكم له بجميعها ، وحكم له بالحائط لأن الظاهر أنه وضع ملكه على ملكه وان كان الجدار غير متصل ببناء أحدهما وانما هو حاجز بين ملكيهما ويدهما عليه ، أو لا يد لأحد عليه ولا بينة لأحدهما حلف كل واحد منهما ــ فان حلفا أو نكلا قسم بينهما ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان الجميع للحالف ، وهذا اذا كان متصلا ببناءيهما ، ولا ترجح دعوى من اليه داخل الحائط أو خارجه ولا من اليه معاقد القمط •

فـــرع فى مذاهب العلماء قد ذكرنا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : يحكم به لمن اليه وجه الحائط ومعاقد القمط •

دليلنا : أن من اليه ذلك لا يدل على أن له ملك الحائط فلم ترجح به دعوى من هى اليه كما لو كان الى أحدهما النقوش والتجصيص ، وكذلك اذا كان لأحدهما على الحائط تجصيص أو نقوش فانه لا يحكم بالحائط له بذلك ، لأنه يمكن احداثه بعد كمال البناء وان كان عليه لأحدهما جذع أو جذوع لم ترجح بذلك دعواه • وقال مالك رحمه الله : اذا كان لأحدهما جذع رجحت دعواه فيحلف على الحائط أنه له • وقال أبو حنيفة : ترجح بجذعين فما زاد ولا ترجح بدون الجذعين •

دليلنا : أن وضع الجذوع معنى حادث بعد تمام البناء للحائط فلم ترجح به الدعوى كالتجصيص والتزويق •

فـــرع فان تنازع رجلان جدارا فى عرصة لأحدهما فالقول قول صاحب العرصة أن ما فى ملك الانسان أنه ملكه ، وان تنازعا عرصة عليها لأحدهما جدار ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) أنه لا يوجح قول صاحب الجدار ، بل يتحالفان على العرصة ، كما قلنا فيهما اذا

تنازعا حـائطا عليه لأحدهمـا جذوع (والثـانى) أن القول قول صاحب الجدار ، لأن الظاهر أنه لا يضع ملكه الا على ملكه ، لأن أحدا لم يجـوز وضع الجدار فى عرصة غيره بغير اذنه بخلاف الجذوع ، وهكذا الوجهـان اذا تنازعا عرصة لأحدهما فيها نخله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان تداعى صاحب السفل وصاحب العلو السقف ولا بينة حلف كل واحد منهما وجعل بينهما لأنه حاجز توسط ملكيهما فكأن بينهمـا كالحائط بين الدارين فان تنازعا فى الدرجة فان كان تحتها مسكن فهى بينهما لأنهما متساويان فى الانتفاع بها وان كان تحتها موضـع جب ففيه وجهـان (احدهما) أنهما يحلفان ويجعل بينهما لأنهما يرتفقان بها (والثانى) انه يحلف صاحب العلو ويقضى له لأن المقصود بها منفعة صاحب العلو •**

وان تداعيا سلما منصـوبا حلف صـاحب العلو وقضى له لأنه يختص بالانتفاع به فى الصعود •

وان تداعيا صحن الدار نظرت ــ فان كانت الدرجة فى الصحن ــ حلفـا وجعل بينهما لأن لكل واحد منهما يدا عليه وان كانت الدرجة فى الدهليز ففيه وجهان (احدهما) أنها بينهما لأن لكل واحد منهما يدا ولهذا لو تنازعا فى أصل الدار كانت بينهما (والثانى) انه لصاحب السفل لأنها فى يده ولهذا يجوز أن يمنع صاحب العلو من الاستطراق فيها) •

الشرح اذا كان سفل الدار فى يد رجل والعلو فى يد آخر ــ فان تنازعا فى حيطان السفل ــ فالقول قول من السفل بيده مع يمينه وان تنازعا فى حيطان العلو فالقول قول من العلو بيده مع يمينه ، لأن كل واحد منهمـا هو الذى ينتفع بما فى يده فكان القول قوله فيه ، وان تنازعا على السقف الذى بينهما حلفا وجعل بينهما نصفين •

فـــرع وان كانت الدار علوها لرجل وسفلها لآخر وتنـازعا فى الدرجة المعينة فى السفل الذى يصعد عليها صاحب العلو فادعى كل واحـد منهما أنها ملكه ولا بينة لأحدهما ــ نظرت • فان كانت معجمة لا منفعـة

لصاحب السفل تحتها فالقول قول صاحب العلو فيها مع يمينه لأنها فى انتفاعه خاصة وكذلك لو اختلفا فى ملك السلم المنصوب الذى يصعد عليه صاحب العلو لما ذكرناه •

فـــرع وان كانت الدرجة معقودة وهى سقف لبيت لصاحب السفل ، فقال الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق الشيرازى هنا : فهى بينهما ، وأرادا اذا حلفا أو نكلا ، وان كانت ليست لبيت لصاحب السفل الا أن تحتها موضع جب لصاحب السفل ففيه وجهان (أحدهما) أنهما يحلفان ويجعل بينهما لأنهما يرتفقان بها (والثانى) أن القول قول صاحب العلو فيها ، لأن الانتفاع بها انما هو لصاحب العلو وانتفاع صاحب السفل فى ذلك غير مقصود وقال القاضى أبو الطيب : فيها وجهان ، سواء كانت سقفا لبيت لصاحب السفل أو سقفا لموضع الجب قال ابن الصباغ : وهو الأشبه•

فـــرع وان كانت الدار علوها لرجل وسفلها لآخر ، وفى السفل عرصة وتنازعا فى العرصة فادعى كل واحد منهما العرصة يملكها ــ فان كانت الدرجة لصاحب العلو فى آخر العرصة ــ حلف وجعلت بينهما لأنها فى يدهما وتصرفهما ، وان كانت الدرجة لصاحب العلو فى الدهليز من أول العرصة ففيما جاوز الدرجة من العرصة وجهان (أحدهما) أنهما يحلفان وتجعل بينهما ، لأن لكل واحد منهما يدا على العرصة (والثانى) أن القول قول صاحب السفل لأنه ليس لصاحب العلو الا الاستطراق فيها فيما جاوز الدرجة فكانت اليد فيها الانتفاع لصاحب السفل وحده • وان كانت الدرجة فى وسط العرصة فان أول العرصة الى حد الدرجة فى يدهما فيحلفان ويقسم بينهما ، وما جاوز الدرجة من العرصة على وجهين ، ومثل هذا زقاق لا ينفذ وفيه بابان لرجلين باب لأحدهما فى أوله وباب للآخر فى وسطه ، فمن أول الزقاق الى باب الأول بينهما وما جاوزه من الزقاق اذا تنازعاه على الوجهين وقد مضى ذكرهما فى كتاب الصلح •

فـــرع فى مذاهب العلماء : سبق أن قلنا انه ان تنازعا على

السقف الذى بينهما حلفا وجعل بينهما نصفين وقال أبو حنيفة : هو لصاحب السفل ، وحكاه أصحاب مالك رضي لله عنــه ، وأصحابنا يحكون عنه أنه لصاحب العلو ، هكذا أفاده العمراني رحمه الله في البيان • وقد مضى في القســـمة ما قال ابن حزم في المحلى من عــدم جواز أن يكون العلو لمالك والسفل لمالك •

دليلنا : أنه حاجز بين ملكيهما غير متصل ببناء أحدهما اتصال البيتين ، فكان بينهما كالحائط بين الملكين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **وان تداعى رجلان مسناة بين نهر احدهما وارض الآخر حلفا وجعل بينهما لأن فيها منفعة لصاحب النهر لأنها تجمع الماء في النهر ولصاحب الارض منها منفعة لأنها تمنع الماء من ارضه •**

فصـــل **وان تداعى رجلان دابة واحدهمـــا راكبهـــا والآخر آخذ بلجامها حلف الراكب وقضى له وقال أبو اسحاق رحمه الله : هى بينهما لأن كل واحد منهما لو انفرد لكانت له والصحيح هو الأول لأن الراكب هو المنفرد بالتصرف فقضى له وان تداعيا عمامة وفى يد احدهما منها ذراع وفى يد الآخر الباقى حلفا وجعلت بينهما لأن يد كل واحد منهما ثابتة على العمامة وان تداعيا عبدا ولأحدهما عليه ثياب حلفا وجعل بينهما ولا يقدم صاحب الثيـــاب لأن منفعة الثياب تعود الى العبد لا الى صاحب الثياب •**

الشرح قوله (مسناة) تذكر كلمة مسناة فى المعـــاجم فى مـــادة (س ن و) تقول : أقمت عنده سنوات وسنيات • ووقعوا فى الســـنيات البيض وهى سنوات اشتددن على أهل المدينة • وأكريته مسانأة مسانهة • ولم يتسن : لم تغيره السنون • وســـنوت الماء سناية (وأذل من السانية) وهى البعير يسنى عليه • وأعرنى سانيتك غربك مع أداته • واستنى القوم سنوا لأنفسهم • وسنيت العقدة والقفل : فتحتها • وتسنى القفل : انفتح • قال :

هما غزوتان جميعا معا   تسنى شبا قفلها المبهم

وعقدوا مسناة ومسنيات : لحبس الماء ، وهذا أمر سنى ، وأسنى له الجائزة ، وجاورته فأسنى جوارى ، ورأيت سنا البدر والبرق ، وأسنى البرق : أضاء سناه ، قال الزمخشرى : ومن المجاز : السحاب يسنو المطر وسناك الغيث قال :

شحيح غادرت منه السوانى   ككحل العين دقته اليهود

وسانيت فلانا حتى استخرجت ما عنده : تلطفت به داريته ، وأخذهم الله بالسنة وبالسنين ، وسنيت لك الأمر : يسرته ، قال :

فلا تيأسوا واستغفروا الله انه   اذا الله سنى عقد أمر تيسرا

وقال ابن بطال الركبى : وذكر فى مواضع من الكتاب ما يدل أن المسناة تجمع الماء من النهر ولم آلف منه على حقيقة ، وقد ذكر أهل التفسير فى قوله تعالى (سيل العرم) أن العرم المسناة وكان ذلك سدا يجمع فيه ماء السيول ،

اما الأحكام فقد قال فى الأم : وان كان لرجل نهر والى جانبه أرض لآخر وبينهما مسناة ، فقال صاحب النهر : هى لى لتجمع الماء فى النهر ويكثر فأنتفع به ، وقال صاحب الأرض : بل هى لى بنيتها لتمنع الماء عن دخول أرضى حلفا وجعلت بينهما ،

وقال أبو حنيفة : تكون لصاحب النهر ، وقال أبو يوسف : تكون لصاحب الأرض ،

دليلنا أن لكل واحد منهما منفعة وهى مجاورة لملكيتهما فحلفا وجعلت بينهما كالسقف اذا تنازع فيه صاحب العلو وصاحب السفل وهو قول أحمد ابن حنبل رضى الله عنه ،

فـــرع وان تنازعا دابة وأحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامهـا ولا بينة لأحدهما فالقول قول الراكب فيهـا مع يمينه • ومن أصحابنا من قال : يحلفان وتجعل بينهما • والأول أصح لأن الراكب هو المنفرد بالتصرف وان تنازعا جملا ولأحدهما عليه حمل ولا بينة لأحدهما فالقول قول صاحب الحمل مع يمينه لأنه هو المنتفع به والظاهر أنه لا يحمل الا على ملكه • وان تداعيا عبـدا ولأحدهما عليـه ثوب فهما فيه سـواء • لأن صاحب الثوب لا ينتفع بلبس العبد لثوبه • وانما العبـد هو الذى ينتفع بلبسه بخلاف الحمل على الجمل • وان تداعيا عمامة فى يد أحدهمـا منها ذراع وفى يد الآخر الباقى فهما فيه سواء فيحلفان وتجعل بينهما نصفين لأن امساك الذراع يد • بدليل أنه لو كان فى يد رجل ذراع منها وباقيها على الأرض فادعاها عليه آخر كان القول قوله فيها مع يمينه • كما لو كان جميعها فى حجره •

ومذهب أحمد بن حنبل فى هذا الفرع كمذهبنا سواء بسواء هكذا حكاه صاحب المغنى الامام ابن قدامة رحمه الله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان فى يد رجل عبد بالغ عاقل فادعى أنه عبده فان صدقه حكم له بالملك ، وان كذبه فالقول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر الحرية وان كان طفلا لا يميز فالقول قول المدعى • لأنه لا يعبر عن نفسه وهو فى يده فهو كالبهيمة • وان بلغ هذا الطفل فقال : لست بمملوك له لم يقبل قوله • لانا حكمنا بالملك فلا يسقط بانكاره • وان جاء رجل فادعى انه ابنه لم يثبت نسبه بمجرد دعواه • لأن فيه اضرارا بصاحب الملك ، لانه ربما يعتقه فيثبت له عليه الولاء • واذا ثبت نسبه لمن يدعى النسب سقط حق ولائه • وان كان مراهقا وادعى انه مملوكه فانكر ففيه وجهان (احدهما) انه لا يحكم بالملك لانه يعبر عن نفسه فلم يحكم بملكه مع انكاره كالبالغ (والثانى) انه يحكم له بالملك وهو الصحيح لانه لا حكم لقوله) •

الشرح اذا كان فى يد رجل طفل له تمييز فادعى أنه مملوكه ولا نعرف حريته قبل قوله لأنه فى يده فقبل قوله فيه ، وحكم له بملكه ، فان بلغ هذا الطفل وقال : لست بمملوك له لم يقبل قوله من غير بينة ، لأنا قد

حكمنا بملكه فلا يسقط بقوله وحكى القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع وجها آخر أنه يقبل قول الطفل بحد بلوغه مع يمينه بناء على القولين فى اللقيط اذا حكم باسلامه بالدار ثم بلغ ووصف الكفر فانه يقبل منه فى أحد الوجهين ، وهذا ليس بصحيح ، لأن الاسلام حق فيه لله تعالى فقبل قوله فيما يسقطه ، والرق حق للأدنى فلا يقبل قوله فيما يسقطه وهكذا اذا كان فى يده صبى يستخدم ولم يدع ملكه فى صغره ولا أقر بحريته فلما بلغ هذا الصبى ادعى من هو فى يده أنه مملوكه قبل قوله فى ذلك ، لأن كونه فى يده وتصرفه يدل على ملكه ، فان جاء رجل وادعى أنه ابنه وهو مجهول النسب لم يقبل اقراره ولم يلحق به ، لأن فى ذلك اضراراً بالسيد لأنه ربما يعتقه فيثبت له عليه الولاء لقوله صلى الله عليه وسلم « وانما الولاء لمن أعتق » •

فــرع اذا كان نسبه ثابتا من رجل لم يرثه بالولاء ، فان أقام المدعى بينة أنه ابنه ثبت نسبه بذلك ، لأن البينة شهدت له بذلك ، ولا يزول ملك السيد عنه لأنه يجوز أن يكون ابنا لرجل ومملوكا لآخر ، الا أن يكون الذى ادعى بنوته وأقام البينة غريبا وقلنا بقوله القديم — ان الغرباء لا يسترقون فانه يحكم بحريته ، وان كان فى يد رجل صبى عاقل مميز وادعى أنه مملوكه فأنكر الصبى ففيه وجهان (أحدهما) لا يحكم له بملكه لأنه يعبر عن نفسه فلم يحكم له بملكه مع انكاره كالبالغ • (والثانى) أنه يحكم له بملكه — وهو الأصح — لأنه صغير فقبل قوله كالطفل •

فــرع اذا كان فى يد رجل صبية صغيرة فادعى زوجيتها ولا بينة له لم تقر يده عليها ولا يخلى بينه وبينها لأن الحرة لا تثبت عليها اليد ، والمنافع لا يتصور ثبوت اليد عليها ، فاذا لم يكن له بينة ولا يد لم يصح من الصغيرة التصديق ، ولم يجز أن تقر فى يده ليخلو بها — فان بلغت فأقرت له بالنكاح ثبت النكاح على قوله الجديد ، ولم يثبت على القول القديم الا أن يكونا فى الغربة — فان أنكرت حلفت على الجديد ولم تحلف على القديم • هكذا أفاده صاحب البيان •

فــرع وان كان فى يد رجل عاقل بالغ وادعى أنه مملوكه فأنكره

ولا بينة للمدعي فالقول قول المدعي عليه لأن الظاهر منه الحرية • وان صدقه أنه ملكه حكم له بملكه ، وان كان الكبير البالغ العاقل فى يد رجل وادعى كل واحد ملكه فأنكرهما حلف لكل واحد منهما ، وان صدقهما معا كان بينهما نصفين ، وان صدق أحدهما وكذب الآخر حكم بملكه لمن صدقه دون من كذبه • وقال أبو حنيفة : يحكم بملكه بينهما نصفين •

دليلنا أنه لا حكم ليدهما عليه قبل ثبوت رقه ، وانما حكم برقه باقراره ، فاذا أقر برق نفسه لأحدهما لم يشاركه الآخر • ولو أقام كل واحد منهما بينة برقه فصادق المملوك أحدهما أنه ملكه دون الآخر لم ترجح بينة المصدق لأنه لا يد له على نفسه ، وانما حكم برقه بالبينة فلم يقبل تصديقه لأحدهما •

فـــرع وان كان طفل فى يد رجلين فادعى لكل منهما ملك جميعه ولا بينة حلفا وجعل بينهما نصفين ، لأن اليد تثبت عليه ، ويد كل واحد منهما ثابتة على نصفه فحكم له بملك نصفه وحلف عليه لصاحبه •

فـــرع وان اشترى رجل من رجل جارية وقبضها وادعت على المشترى أنها حرة الأصل ، وادعى المشترى أنها مملوكته ولا بينة لها على أصل الحرية ولا بينة للمشترى على اقرارها بالرق قال ابن الحداد رحمه الله : فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل فى الانسان الحرية ، والرق طارىء عليها •

قال ابن الحداد : فاذا حلفت حكم بحريتها ولا يرجع المشترى على البائع بالثمن ، لأن يمينها للمشترى فلا يتعدى حكمها الى البائع ، ولأن المشترى قد أقر أنها أمته ومملوكته ، وهذا اقرار منه بصحة البيع وثبوت ملك البائع على الثمن فلم يكن له الرجوع عليه فيه •

قال القاضى أبو الطيب : وقد قال بعض أصحابنا : اذا قال فى كتاب الابتياع : اشترى فلان من فلان جميع ما هو له وفى ملكه وهو كذا وكذا ثم استحقه مستحق فان المشترى لا يرجع بالثمن على البائع ، لأن المشترى اذا

أشهد على نفسه بذلك فقد أقر أن البائع باعه ما يملكه ، ولا يقبل رجوعه • وكذلك اذا قال فى المبيع : تسلم فلان من فلان يعنى المشترى جميع كذا ـ يعنى المبيع ـ وصار فى ملكه يكون اقرارا منه بصحة البيع ، فلا يرجع بالثمن اذا استحق لما ذكرناه •

فـــرع قال ابن الحداد : اذا اشترى رجل من رجل شيئا فقبضه فادعى مدع أنه ملكه فالقول قول المشترى مع يمينه ، فان نكل عن اليمين ورد اليمين على المدعى فحلف استحق المدعى به ولا يرجع المشترى على البائع بالثمن باقراره • وان قلنا : انه كالبينة ، فان ذلك يخص المدعى عليه ولا يتعدى الى غيره من البائع وغيره ، ويخالف اذا قامت البينة بالاستحقاق لأنها تثبت فى حق جميع الناس •

فـــرع فان ادعى رجل على رجل جارية فى يده فأنكر ونكل عن اليمين فحلف المدعى وسلم الجارية اليه فوطئها وأولدها أولادا ثم قال المدعى : كنت كاذبا والجارية للمدعى عليه فلا يقبل قوله فى ابطال حق الجارية وأولادها لأنها صارت أم ولد له ، وأولادها أحرار فلا يقبل قوله فيما يسقط حقهم كما لو اشترى عبدا وأعتقه وادعى أنه كان مغصوبا ، ويجب عليه قيمة الجارية أكثر ما كانت من حين قبضها الى حين تقوم ، ويجب عليه له مهرها ويجب عليه له قيمة أولادها حين سقطوا لأنه حكم بحريتهم ذلك الوقت • ولا يجوز له وطؤها لأنه مقر بتحريمها عليه ، فان اشتراها أو من المدعى عليه اتهبها منه حلت له ، لأنا تيقنا اباحتها له •

فـــرع اذا شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ثبت عتقها سواء صدقهما المشهود بعتقه أو لم يصدقهما ولا تفتقر الشهادة فى العتق الى تقدم الدعوى ، ووافقنا أبو حنيفة رضى الله عنه فى الأمة وخالفنا فى العبد •

دليلنا أنها شهادة بعتق فلا تفتقر الى تقدم الدعوى كعتق الأمة •

فـــرع لو ادعى عليه أنه أقرضه ألفا فقال المدعى عليه :

لا يستحق على شيئا وأقام المدعى ذلك بينة وأقام المدعى عليه انه قضاه ألفا ولم يعرف التاريخ قال ابن القاص . قضى ببينة القضاء ، لأنه لا يثبت الا الألف وقد ثبتت بينة القضاء ولا يكون للقضاء الا بما عليه . وان أنكر المدعى عليه القرض وأقام المقرض بينة بالقرض وأقام المنكر بينة بالقضاء ثبتت بينة المقرض أولا لأنه أنكر القرض فلا تسمع بينة أنه قضى القرض وانما يكون قضاء لغير ذلك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان تداعى الزوجان متاع البيت الذى يسكنانه ولا بينة حلفا وجعل الجميع بينهما نصفين ، لأنه فى يدهما فجعل بينهما كما لو تداعيا الدار التى يسكنان فيها . وان تداعى المكرى والمكترى المتاع الذى فى الدار المكراة فالقول قول المكترى لأن يده ثابتة على ما فى الدار . وان تداعيا سلما غير مسمر فهو للمكترى ، لأنه كالمتاع ، وان تداعيا سلما مسمرا فالقول قول المكرى لأنه من اجزاء الدار . وان تداعيا الرفوف المسمرة فالقول قول المكرى لأنها متصلة بالدار فصارت كاجزائها ، وان كانت غير مسمرة فقد قال الشافعى رحمه الله : انهما يتحالفان وتجعل بينهما ، لأن الرفوف قد تترك فى العادة وقد تنقل عنها فيجوز أن تكون للمكترى ويجوز ان تكون للمكرى فجعل بينهما) .**

الشرح اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت الذى يسكنان فيه فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بينة لأحدهما فانهما يحلفان ويقسم بينهما سواء كان المتاع يصلح للرجال دون النساء كالسلاح أو كان يصلح للنساء دون الرجال كالحلى والأقراط والأساور ، أو كان يصلح لهما كالدنانير والفلوس والدراهم وسواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو فى أيديهما من طريق الحكم ، وسواء اختلفا فى حال الزوجية أو بعد البينونة . وكذلك اذا ماتا واختلف ورثتهما أو مات أحدهما واختلف الثانى وورثة الميت .

فـرع فى مذاهب العلماء فى متاع البيت ، قلنا : أن مذهبنا قسمة كل ما فى البيت نصفين سواء كان مما يصلح للرجال أو للنساء أو للجنسين

معا وضربنا لذلك الأمثال وهو قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعثمان البتى وزفر • وقال أحمد بن حنبل رحمه الله : ان ما يصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والأقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك ، القول فيه قول الرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن وملابسهن الداخلية ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها ، وما يصلح لهما كأدوات المطبخ وأجهزة الاذاعة بالصوت والصورة والمفارش والموائد والأوانى كل ذلك بينهما ، وسواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو طريق الحكم ، وسواء اختلفا فى حال الزوجية أو بعد البينونة ، وسواء اختلفا هما أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر •

وقال أحمد فى رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان فى الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعى المرأة المتاع ، فما كان يصلح للرجال فهو للرجال وما كان من متاع النساء فهو للنساء ، ما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما ، وان كان المتاع على يدى غيرهما فمن أقام البينة دفع اليه وان لم تكن لها بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع •

وقال أحمد فى رواية مهنا : وكذلك ان اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى •

وقال القاضى أبو بكر من أصحاب أحمد : هذا انما هو فيما اذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم ، أما ما كان فى يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه وان كان فى أيديهما قسم بينهما نصفين ، سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما • وهذا قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، الا أنهما قال : لا يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول قول الرجل مع يمينه ، واذا اختلف أحدهما وورثه الآخر فالقول قول الباقى منهما لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية • بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار فى الابرة والمقص كانت للخياط •

وقال أبو يوسف : القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز

مثلها . وقال مالك : ما صلح لكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم ، لأن البيت للرجل ويده أقوى عليه السكنى .

دليلنا أنهما تنازعا فيما فى أيديهما ولا مزية لأحدهما على الآخر أشبه اذا كان فى أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة ، على أنه ليس للنافى أن وارث الميت قائم مقامه أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكيلا ، وبالجملة فانهما تساويا فى ثبوت اليد على الشيء المتنازع فيه فكان القول قولهما فيه كما لو تنازعا فى الدار التى يسكنانها .

اذا ثبت هذا فان المعروف عرفا كالمشروط شرطا وكالمنصوص نصا وقد جرى العرف فى ديارنا المصرية حرسها الله وأزال غمتها وأقال عثرتها أن أولياء الزوجة يأخذون صداقها ويضيفون عليه مما عندهم مثله أو مثليه (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ويشترون بذلك أثاث البيت من فراش النوم والأكل والاستقبال ، وقد جرى العرف على أن أثاث البيت متاع للزوجة تملكه ولو كان من مال الرجل ، كما جرت العادة على ضمان حق الزوجة بعمل قوائم يوقع الزوج عليها لاثبات حقها . الا أن الخلاف فيه اذا لم تكن بينة يجرى فيه ما سبق من أحكام فان قلنا ان العرف غير مطرد فى اعتبار أثاث البيت ملكا لها ولو كان كذلك لما لجأوا الى صنع القوائم ، وذلك لاحتمال أن يكون البيت قد أثثه الزوج من قبل ، أو يكون ملك زوجته المتوفاة من حيث ورثه منهما فالحكم فيه على ما مضى .

(فائدة تروى عن الشافعى)

وقد روى الامام تاج الدين السبكى فى الطبقات الكبرى باسناده عن زينب بنت الكمال الى ابن داود بن منصور ، حدثنا عبيد بن خلف البزار ، أبو محمد ، حدثنى اسحاق بن عبد الرحمن قال : سمعت الحسين الكرابيسى .

قلت : كذا فى السند عبيد عن اسحاق ، وعبيد صاحب الكرابيسى ، ولا يمتنع أن يسمع عنه كما سمع منه .

رجع الحديث الى الكرابيسى ، سمعت الشافعى يقول : كنت أقرأ كتب الشعر ، فآتى البوادى ، فأسمع منهم ، قال : فقدمت مكة منها ، فخرجت وأنا أتمثل بشعر للبيد وأضرب وحشى [1] قدمى بالسوط فضربنى رجل من ورائى من الحجبة ، فقال : رجل من قريش ، ثم ابن المطلب رضى من دينه ودنياه أن يكون معلما ، ما الشعر ؟ هل الشعر اذا استحكمت فيه ؟ ألا قعدت معلما يفقه ، يعلمك الله •

قال : فنفعنى الله بكلام ذلك الحجبى ، فرجعت الى مكة ، فكتبت عن ابن عيينة ما شاء الله أن أكتب ثم كنت أجالس مسلم بن خالد الزنجى ، ثم قدمت على مالك بن أنس فكتبت موطأه ، فقلت له : يا أبا عبد الله ، أقرأ عليك ؟ قال : يا ابن أخى تأتى برجل يقرأه على فتسمع ، فقلت : أقرأ عليك فتسمع الى كلامى ! فقال لى : اقرأه فلما سمع كلامى لقراءة كتبه أذن لى ، فقرأت عليه حتى بلغت « كتاب السير » فقال لى : اطوه يا ابن أخى ، تفقه تعل •

فجئت الى مصعب بن عبد الله ، فكلمته أن يكلم بعض أهلنا ، فيعطينى شيئا من الدنيا فانه كان لى من الفقر والفاقة ما الله به عليم ، فقال لى مصعب : أتيت فلانا فكلمته ، فقال لى : أتكلمنى فى رجل كان منا فخالفنا ، فأعطانى مائة دينار •

وقال لى مصعب : أن هارون الرشيد قد كتب الى أن أصير الى اليمن قاضيا ، فتخرج معنا لعل الله أن يعوضك ما كان هذا الرجل يعوضك •

قال : فخرج قاضيا على اليمن ، فخرجت معه ، فلما صرنا باليمن وجالسنا الناس ، كتب مطرف بن مازن الى هارون الرشيد : ان أردت اليمن لا يفسد عليك ، ولا يخرج من يديك فأخرج عنه محمد بن ادريس • وذكر أقواما من الطالبيين •

---

(١) انسى القدم ما أقبل منها على القدم الاخرى ، ووحشيها ما خالف انسيها . اللسان (و ح ش) ٦/٣٦٩ •

قال : فبعث الى حماد البربرى (١) فأوثقت بالحديد ، حتى قدمنا على هارون بالرقة .

قال : فأدخلت على هارون ، قال : فأخرجت من عنده .

قال : وقدمت ومعى خمسون دينارا ، قال : ومحمد بن الحسن يومئذ بالرقة ، فأنفقت تلك الخمسين دينارا على كتبهم .

قال : فوجدت مثلهم ومثل كتبهم مثل رجل كان عندنا يقال له فروخ ، وكان يحمل الدهن فى زق له ، فكان اذا قيل له : عندك فرشنان . قال : نعم ؛ فان قيل : عندك زنبق قال : نعم ، فان قيل : عنـدك خيزى . قال : نعم ، فاذا قيل له : أرنى وللزق رءوس كثيرة ، فيخرج له من تلك الرءوس ، وانما هى دهن واحد .

وكذلك وجدت كتاب أبى حنيفة ، انما يقولون : كتاب الله ، وسـنة نبيه صلى الله عليه وسلم وانما هم مخالفون له .

قال : فسمعت ما لا أحصـيه ، محمـد بن الحسن يقول : ان تابعكم الشافعى فما عليكم من حجازى كلفة بعده .

فجئت يوما فجلست اليه ، وأنا من أشـد الناس هما وغما من سخط أمير المؤمنين . وزادى قد نفد .

قال : فلما أن جلست اليه أقبل محمد بن الحسن ، يطعن على أهل دار الهجرة ، فقلت : على من تطعن ؟ على البلد أم على أهله ؟ والله لئن طعنت على أهله انما على أبى بكر وعمر والمهاجرين والأنصار ، وان طعنت على البلدة فانها بلدتهم التى دعا لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبارك لهم فى

---

(١) بفتح الباءين الموحدتين بينهما راء وبعد الباء الثانية راء اخرى ؛ هذه النسـبة الى بلاد البربر وهم جبل كبير من ناحيـة كبيرة من بلاد المغرب . اللباب ١/١٠٧ .

صاعهم ومدهم ، وحرمه كما حرم ابراهيم مكة ، لا يقصد صيدها ، فعلى أيهم تطعن ؟

فقال : معاذ الله أن أطعن على أحد منهم ، أو على بلدته ، وانمـا أطعن على حكم من أحكامه .

فقلت له : ما هو ؟ قال : اليمين مع الشـاهد . قلت له : ولم طعنت ؟

قال : فانه مخالف لكتاب الله . فقلت له : فكل خبر يأتيك مخـالف لكتاب الله أيسقط ؟ قال فقـال لى : كذا يجب . فقلت له : ما تقول فى الوصية للوالدين ؟ فتفكر ساعة ، فقلت له : أجب . فقال : لا تجب .

قال : فقلت له : فهذا مخالف لكتاب الله ، لم قلت : أنه لا يجوز ؟

فقال : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا وصية للوالدين » .

قال : فقلت له أخبرنى عن شاهدين حتم من الله

قال : فما تريد من ذا ؟

قال فقلت له : لئن زعمت أن الشاهدين حتم من الله لا غيره ، كان ينبغى لك أن تقول : اذا زنى زان فشهد عليه شاهدان ، ان كان محصنا رجمته ، وان كان غير محصن جلدته .

قال : فان قلت لك : ليس هو حتم من الله ؟

قال : قلت له : اذا لم يكن حتـما من الله فننزل كل حكم من الأحكام منازله : فى الزنا أربعا ، وفى غيره شاهدين ، وفى غيره رجلا وامرأتين ، وانما أعنى فى القتل لا يجوز الا شاهدين ، فلما رأيت قتلا وقتلا ، أعنى بشهادة الزنا ، وأعنى بشهادة القتل ، فكان هذا قتلا ، وهذا قتلا . غير أن أحكامها مخـتلفة ، فذلك كل حكم تنزله حيث أنزله الله ، منهـا بأربع ، ومنهـا بشاهدين ، ومنها برجل وامرأتين ، ومنها شاهد واليمين ، فرأيتك تحـكم بدون هذا .

قال : وما أحكم بدون هذا ؟

قال : فقلت له : ما تقول فى الرجل والمرأة اذا اختلفا فى متاع البيت ؟

فقال : أصحابى يقولون فيـه : ما كان للرجل فهو للرجال ، وما كان للنساء فهو للنساء . قال فقلت : أبكتاب الله هذا ، أم بسنة رسول الله ؟

قال : وقلت له : فما تقول فى الرجلين اذا اختلفا فى الحائط ؟

فقال : فى قول أصحابنا : اذا لم يكن لهم بينة ينظر الى العقد ، من أين هو البناء فأحكم لصاحبه .

قال : فقلت له : أبكتاب الله قلت هذا ، أم بسنة رسول الله قلت هذا ؟

وقلت له : ما تقول فى رجلين ، بينهما خص فيختلفان ، لمن يحكم اذا لم يكن لهما بينة ؟

قال : أنظر الى معاقده من أى وجه فأحكم له .

قلت له : بكتاب الله قلت هذا ، أم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟

قال : وقلت له : فما تقـول فى ولادة المرأة ، اذا لم يكن يحضرها الا امرأة واحدة ، وهى القابلة وحدها ، ولم يكن غيرها ؟

قال فقال : الشهادة جائزة بشهادة القابلة وحدها نقبلها .

قال فقلت له : قلت هذا بكتاب الله ، أم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ .

قال ثم قلت له : من كانت هذه أحكامه فلا يطعن على غيره .

قال : ثم قلت له : أتعجب من حكم حكم به رسول الله صلى الله عليـه وسلم ، وحكم به أبو بكر وعمر ، وحكم به على بن أبى طالب بالعراق ، وقضى به شريح ؟

قال : ورجل ورائى يكتب ألفاظى وأنا لا أعلم .

قال : فأدخل على هارون ، وقرأه عليه .

قال : فقال لى هرتمة بن أعين : وكان متكئا فاستوى جالسا ، قال : اقرأه على ثانيا قال : فأنشأ هارون يقول : صدق الله ورسوله ، صدق الله ورسوله ، صدق الله ورسوله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تعلموا من قريش ، ولا تعلموها ، قدموا قريشا ولا تؤخروها ، ما أنكر أن يكون محمد بن ادريس أعلم من محمد بن الحسن •

قال : فرضى عنى وأمر لى بخمسمائة دينار قال : فخرج به هرتمة وقال لى بالسوط هكذا فاتبعته فحدثنى بالقصة وقال لى : قد أمر لك بخمسمائة دينار وقد أضفنا اليه مثله قال : فوالله ما ملكت قبلها ألف دينار الا فى ذلك الوقت قال : وكنت أتشيع فكفانى الله على يد مصعب ا هـ •

فـــرع اذا تنازع المكرى والمكترى فى المتاع الذى فى الدار المكراة فادعى كل واحد منهما ملك جميعـه ولا بينـة فالقول قول المكترى مع يمينه ، لأن يده باقيـة عليه ، وكذلك اذا تنازعا فى السـلالم التى ليست بمستعمرة فى الدار فالقول قول المكرى مع يمينه لأنها كالقماش وان تنازعا فى السلاليم المسمرة والرفوف المسمرة فالقول قول المكرى مع يمينه لأنهـا متصلة بالدار فهى كآجر الدار • وان تنازعا فى الرفوف التى ليست بمسمرة قال الشـافعى رضى الله عنه : تحالفا وجعلتها بينهما ، والفرق بينهـا وبين القماش أن العادة لم تجر أن الانسان اذا انتقل من دار يترك فيها قماشـه فكان الظاهر أنها للمكترى ، وجرت العادة بأن من انتقل من الدار يترك فيها الرفوف ، ويجوز أن يكون المكترى أتى بها ، واذا احتملت الأمرين تحالفا جعلته بينها •

فـــرع فى أقوال العلماء نقلته من ابن قدامة رحمه الله • قال :

اذا اختلف المكرى والمكترى فى شىء من الدار نظرت فان كان مما ينقل ويحول كالأثاث والأوانى والكتب فهو مكترى ، لأن العادة أن الانسـان يكرى داره فارغة من رحله وقماشه ، وان كان فى شىء مما يتبـع فى البيع كالأبواب المنصوبة والخوابى المدفونة والرفوف المسمرة والسلالم المسمرة

والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتاني فهو للمكرى ، لأنه من توابع الدار فأشبه الشجرة المغروسة فيها ، وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد : اذا اختلفا فى الرفوف فهى لصاحب الدار فظاهر هذا العموم فى الرفوف كلها •

وقال القاضى : كلام أحمد محمول على المسمرة فأما غير المسمرة فهى بينهما اذا تحالفا ، لأنها لا تتبع فى البيع فأشبهت القماش • وهذا ظاهر للمكترى ، وللمكرى ظاهر يعارض هذا ، وهى أن المكرى يترك الرفوف فى الدار ولا ينقلها عنها ، فاذا تعارض الظاهران من الجانبين استويا قال : وهذا مذهب الشافعى ، فعلى هذا اذا تحالفا كانت بينهما وان حلف أحدهما ونكل الآخر فهى لمن حلف •

وذكر القاضى فى موضع آخر وأبو الخطاب أنه ان كان للرف شكل منصوب فى الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه ، وان لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما ، لأنه اذا كان له شكل منصوب فى الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها ، والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر ، وكذلك ان اختلفا فى مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لأن أحدهما لا يستغنى عن صاحبه ، فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقانى من الرحا والمفتاح مع السكرة ، ووجه ظاهر كلام أحمد فى أن الرفوف لصاحب الدار على كل حال ان العادة جارية بترك الرفوف فى الدار ولم تجر بنقل المكترى لها معه ، فكانت لصاحب الدار كالذى له شكل منصوب ، ولأنها اذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقانى من الرحا اذا كان السفلانى منصوبا ومفتاح السكرة المسمرة أ هـ والله أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن وجب له حق على رجل وهو غير ممتنع من دفعه لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله حقه بغير اذنه لأن الخيار فيما يقضى به الدين الى من عليه الدين ، ولا يجوز أن يأخذ الا ما يعطيه وان أخذ بغير اذنه لزمه

رده فان تلف ضمنه لأنه اخذ مال غيره بغير حق . وان كان ممتنعا من ادائه فان لم يقدر على اخذه بالحاكم فله أن يأخذ من ماله لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » وفى منعه من اخذ ماله فى هذا الحال اضرار به . وان كان يقدر على اخذه بالحاكم بأن تكون له عليه بينة ففيه وجهان (احدهما) انه لا يجوز أن يأخذه لأنه يقدر على اخذه بالحاكم فلم يجز ان يأخذه بنفسه (والثانى) وهو المذهب انه يجوز لان هندا قالت « يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى الا ما آخذه سرا ، فقال عليه السلام : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فاذن لها فى الأخذ مع القدرة على الأخذ بالحاكم ، ولأن عليه فى المحاكمة مشقة فجاز له أخذه . فان كان الذى قدر عليه من جنس حقه اخذ قدر حقه ، وان كان من غير جنسه اخذه ولا يجوز ان يتملكه لأنه من غير جنس ماله فلا يجوز أن يتملكه ، ولكن يبيعه ويصرف ثمنه فى حقه . وفى كيفية البيع وجهان (احدهما) انه يواطىء رجلا ليقر له بحق وانه ممتنع عن ادائه فيبيع الحاكم المال عليه (والثانى) وهو المذهب انه يبيع المال بنفسه لأنه يتعذر عليه أن يثبت الحق عند الحاكم وانه ممتنع من بيعه فملك بيعه بنفسه فان تلفت العين قبل البيع ففيه وجهان (أحدهما) انها تتلف من ضمان من عليه الحق ولا يسقط دينه ، لأنها محبوسة لاستيفاء حقه منها ، فكان هلاكها من ضمان المالك كالرهن (والوجه الثانى) أنها تتلف من ضمان صاحب الحق لأنه اخذها بغير اذن المالك فتلفت من ضمانه بخلاف الرهن فانه اخذه باذن المالك فتلف من ضمانه) .

الشرح الحديث الأول مضى تخريجه فى أول الكتاب آنفا .

أما الحديث الثانى « أن هند بنت عتبة زوج أبى سفيان جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى الا ما أخذته منه سرا وهو لا يعلم ، فهل على فى ذلك شىء ؟ فقال : خذى وولدك بالمعروف » متفق عليه من حديث عائشة رضى الله عنها وله عندهما ألفاظ . ورواه الطبرانى من حديث عروة بن الزبير عن هند وقد مضى برواياته فى صدقة التطوع وكتاب النفقات وباب عشرة النساء .

أما الأحكام فانه اذا كان لرجل على رجل حق ــ فان كان مقرا له به باذلا له لم يجز له أن يأخذ شيئا من ماله بغير اذنه لأنه مخير فى أعيان ماله التى يقضيه منها ، فان أخذ شيئا من ماله لزمه رده عليه ، فأما اذا كان جاحدا له فى الظاهر مقرا له فى الباطن ــ فان لم يكن لصاحب الحق بينة بحقه فله

أن يأخذ من ماله قدر حقه بغير اذنه • وان كان له بينة ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز له أن يأخذ شيئاً من ماله بغير اذنه لأنه يقدر على الوصول الى حقه باقامة البينة عند الحاكم (والثانى) يجوز له ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أذن لهند رضى الله عنها أن تأخذ من مال أبى سفيان حقها ، وقد كان لها التوصل الى استيفاء حقها منه بالحكم ، ولأن على صاحبه مشقة فى المحاكمة ، وان كان مقرا فى الظاهر والباطن الا أنه غير باذل لدفعه وممتنع بقوة فله أن يأخذ من ماله بقدر حقه لحديث هند امرأة أبى سفيان المذكور فى الفصل •

اذا ثبت هذا فان كان الذى أخذ من ماله من جنس حقه لم يأخذ الا قدر حقه ، فاذا أخذه تملكه ، وان كان الذى أخذه من غير جنس حقه فلا يجوز له أن يتملكه لأنه من غير جنس حقه ، ولكن يباع ويستوفى حقه من ثمنه ، وفى كيفية بيعه وجهان (أحدهما) يبيعه بنفسه لأنه لو أداه الى الحاكم وأخبره بذلك لم يجز للحاكم بيعه حتى يقيم البينة على حقه ، وعلى امتناعه ، وربما تعذر عليه ذلك ، فيجوز له بيعه بنفسه لأنه موضع ضرورة (والثانى) لا يجوز له بيعه بنفسه ، لأنه لا ولاية له على مالكه ، والحيلة فى بيع الحاكم ذلك عليه اذا لم يمكنه اقامة البينة على حقه أن يتواطأ بمع رجل يستدرجه حتى يقر له بما أخذه من مال الآخر ، ويدعى عليه بدين عند الحاكم ويقر له ويمتنع من أدائه فيأمر الحاكم من يبيع ذلك عليه ، والأول صح ، لأنه لا يؤمن من واطئه على ذلك الا يقر له بالدين ، ويدعى العين التى أقر له بها ، فيتعذر عليه الوصول الى حقه • فاذا باع ذلك بنفسه أو باعه الحاكم — فان كان ثمنه قدر دينه فلا كلام ، وان كان أقل من دينه فله أن يتوصل الى أخذ شىء من ماله ليستوفى حقه وان كان أكثر من حقه — فان كان مما ينقسم — باع منه بقدر حقه ورد الباقى عليه على حسب امكانه بأن يقول : وهبت لك أو غير ذلك ، وان كان مما لا ينقسم باع جميعه وأخذ قدر حقه ، ورد عليه بقية الثمن على حسب امكانه ، فان تلف ما أخذه قبل أن يبيع بغير تفريط فيه وجهان (أحدهما) لا ضمان عليه ، بل له أخذ حقه ممن عليه الحق لأنه استحق أخذه وصرف ثمنه فى حقه فلم يضمنه كالرهن

والثانى) عليه ضمانه لأنه أخذ مال غيره بغير اذنه فلزمه ضمانه • ولو جاز له أخذه كما لو اضطر الى طعام غيره فأخذه وتلف فى يده قبل أن يأكله فان عليه ضمانه كذلك هذا مثله •

فـــرع فى مذاهب العلماء : قال الخرقى فى متنه المشـــهور على مذهب الامام أحمد بن حنبل رضى الله عنه : ومن كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذى فقال ابن قدامة : وجملته أنه اذا كان لرجل على غيره حق وهو كان مقر به باذل له ، لم يكن له أن يأخذ من ماله الا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم ، فان أخذ منه شيئا من غير اذنه لزمه رده اليه ، وان كان قدر حقه ، لأنه لا يجوز ان يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه ، لأنه قد يكون للانسان غرض فى العين • فان أتلفهـــا أو تلفت فصارت دينا فى ذمته وكان الثابت فى ذمته من جنس حقه تقاصا فى قيـــاس المذهب ، والمشهور من مذهب الشافعى وان كان مانعا له لأمر يبيح المنـــع كالتأجيل والإعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف ، وان أخذ شـــيئا لزمه رده ان كان باقيا أو عوضه ان كان تالفا ، ولا يحصل التقاص ههنـــا لأن الدين الذى له لا يستحق أخذه فى الحال بخلاف التى قبلها ، وان كان مانعا له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الأخذ ضا بغيره ، لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله ، وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحدا له ولا بينة له به ، أو لكونه لا يجيبه الى المحاكمة ، ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا فالمشهور فى المذهب أنه ليس له أخذ قدر حقـــه ، وهو احدى الروايتين عن مالك •

قال محمد نجيب المطيعى ابن الشيخ ابراهيم الطوابى : والرواية الأخرى عن مالك هى المشهورة عنه : ان لم يكن على من عليه الحق دين لغيره جاز له أن يأخـــذه من ماله بقدر حقه ، وان كان عليه دين لغيره أخذ بحصته من ماله •

قال ابن عقيل من الحنابلة : وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجها فى المذهب أخذا من حديث هنـد حين قال لهـا النبى صلى الله عليه وسلم : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

ويقول صاحبه أبو الخطاب : يتخرج لنا جواز الأخذ فان كان المقدور عليه من جنس حقه أخذه بقدره ، وان كان من غير جنسه تحرى واجتهد فى تقويمه ، مأخوذ من حديث هند ، ومن قول أحمد فى المرتهن : يركب ويحلب بقدر ما ينفق ، والمرأة تأخذ مؤنتها وبائع السـلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضاه .

وقال أبو حنيفة : له أن يأخذ بقدر حقه ان كان عينـا أو ورعا أو من جنس حقه ، وان كان عوضا لم يجز لأن أخـذ العوض عن حقـه اعتياض ولا يجوز المعاوضة الا برضا من المتعاوضـين قال الله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » واحتج القائلون بعدم الأخذ بقوله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذى وحسنه ، ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقـد خانه ، فيدخل فى عموم الخبر . وقال صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه » لأنه ان أخذ من غير جنس حقه كان معاوضـة بغير تراض . وان أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه ، فان التعيين اليه ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يقول له : أقضنى حقى من هذا الكيس دون هذا ؟ ولأن كل ما لا يجوز له تملكه اذا لم يكن له دين لا يجوز له أخذه اذا كان له دين كما لو كان باذلا له .

وأجابوا عن حديث هند بأن أحمد رحمه الله اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه فى كل وقت ، وهذا اشارة منه الى الفرق بالمشقة فى المحاكمة فى كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخـلاف الدين . وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلوما يعلم قيام مقتضيه وبينهما فرقان آخران :

(أحدهما) أن للمرأة من التبسط فى ماله بحكم العادة ما يؤثر فى اباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبى •

(الثانى) أن النفقة تراد لاحياء النفس وابقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل الى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين حتى تقول : لو صارت النفقة ماضية كان لها أخذها ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه ، فعلى هذا أن أخذ شيئا لزمه رده ان كان باقيا ، وان كان تالفا وجب مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان متقوما ، فان كان من جنس دينه تقاصا وتساقطا فى قياس مذهب أحمد وان كان من غير جنسه لزمه غرمه •

ومن جوز الأخذ من أصحاب أحمد فانه قال : ان وجد من جنس حقه جاز له الأخذ منه بقدر حقه من غير زيادة ، وليس له الأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه ، وان لم يجد الا من غير جنس حقه فيحتمل ألا يجوز له تملكه لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه ، وتلحقه فيه تهمه ، ويحتمل أن يجوز له ذلك كما قالوا الرهن ينفق عليه اذا كان مركوبا أو محلوبا ، يركب ويحلب بقدر النفقة وهى من غير الجنس •

دليلنا عليهم حديث هند لأنه اذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير اذنه جاز للرجل أخذ الحق الذى على الرجل •

وأما الجواب عن استدلالهم بحديث « أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك » فانه من الاستدلال على محل النزاع بما هو أجنبى عنه ، فان صاحب الحق لم يجحد الأمانة ، ولم يخن بأخذ جنس حقه أو قدر حقه ، بدليل أن هندا لم يكن تصرفها فى مال زوجها الذى فى أمانه يعد خيانة ، وأما الجواب عن أن النفقة تراد لاحياء النفس وابقاء المهجة ، فانه فى سبيل احياء النفس تدرأ الحدود وفى سبيل احياء النفس يباح المال بقدر ما يسد الرمق ، ونحن قد فرقنا بين الممتنع عن الوفاء بقوة وبين المقر بالدين وان كان متراخيا فى القضاء • على أن لحديث هند فى الأصح أنها كانت تسأل

أن تطعم وتتصدق من مال أبى سفيان ففى رواية البخارى : « ان أبا سفيان رجل مسيك فهل على حرج أن أطعم من الذى له ؟ قال : الا بالمعروف » .

وأما الجواب عن حديث : « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه » فانه يخطاب الممتنع عن قضاء من عليه أولى من خطاب صاحب الدين ، لأن صاحب الدين لا تطيب نفسه بأن يمتنع من عليه الدين من أدائه اليه ، فيكون بهذا واقعا تحت طائلة الآخذ ما لا يحل له بغير طيب نفس من صاحبه . وليس فى استيفاء الحق أخذ لمال الغير لأنه ماله جنسا أو قدرا والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة سبحانه على كل حال وهو حسبى ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

اذا ادعى رجل على رجل حقا فانكره ولم يكن للمدعى بينة ، فإن كان ذلك فى غير الدم حلف المدعى عليه ، فان نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعى ، وقد بينا ذلك فى باب الدعاوى . وإن كانت الدعوى فى دم ولم يكن للمدعى بينة — فان كان فى قتل لا يوجب القصاص — نظرت فان كان هناك لوث حلف المدعى خمسين يمينا وقضى له بالدية . والدليل عليه ما روى عن سهل بن أبى حثمة أن عبد الله ومحيصة خرجا الى خيبر من جهد اصابهما فاتى محيصة وذكر أن عبد الله طرح فى فقير او عين ماء فاتى يهودا فقال : أنتم والله قتلتموه قالوا : والله ما قتلناه فاقبل هو واخوه حويصة وعبد الرحمن اخو المقتول الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب محيصة يتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما أن يدوا صاحبكم واما ان يأذنوا بحرب من الله ورسوله ، فكتب اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فكتبوا : انا والله ما قتلناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون خمسين وتستحقون دم صاحبكم ؟ فقالوا : لا قال : أيحلف لكم يهود ؟ قالوا : لا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده . فبعث اليهم بمائة ناقة قال سهل : لقد ركضتنى منها ناقة حمراء » ولأن باللوث تقوى جنبة المدعى ويغلب على الظن صدقه فسمعت يمينه كالمدعى اذا شهد له عدل وحلف معه .

وان كانت الدعوى فى قتل يوجب القود ففيه قولان قال فى القديم : يجب القود بأيمان المدعى لأنها حجة يثبت بها قتل العمد فوجب بها القود كالبينة . وقال فى الجديد : لا يجب لقوله صلى الله عليه وسلم « اما أن يدوا صاحبكم أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله » فذكر الدية ولم يذكر القصاص ولأنه حجة لا يثبت بها النكاح فلا يثبت بها القصاص كالشاهد واليمين . فان قلنا بقوله القديم كانت الدعوى على جماعة وجب القود عليهم . وقال أبو اسحاق رحمه الله : لا يقتل الا واحد يختاره الولى لأنها بينة ضعيفة فلا يقتل بها جماعة ، وهذا خطأ ، لأن الجماعة عندنا تقتل بالواحد ، والقسامة على هذا القول كالبينة فى ايجاب القود فاذا قتل بها الواحد قتل بها الجماعة) .

الشرح حديث سهل بن أبى حثمة متفق عليه من طريق سهل ومن طريق رافع بن خديج ، وفى رواية لمسلم عن سهل عن رجل من كبراء قومه . واسناد البخارى حدثنا أبو نعيم [1] حدثنا سعيد بن عبيد عن بشير ابن يسار زعم أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن أبى حثمة أخبره أن نفرا من قومه انطلقوا الى خيبر فتفرقوا فيها ووجد أحدهم قتيلا ، وقالوا للذين وجد فيهم : قتلتم صاحبنا قالوا : ما قتلنا ولا علمنا قاتلا ، فانطلقوا الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله انطلقنا الى خيبر فوجدنا أحدنا قتيلا فقال : الكبر الكبر فقال لهم : تأتون بالبينة على من قتله قالوا : ما لنا بينة قال : فتحلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم ، قالوا : كيف نحلف ولم نشهد ؟ قال : فتبريكم يهود بخمسين يمينا ، قالوا : وكيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ قالوا : لا نرضى بأيمان اليهود ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة » . ومن طريق مسلم حدثنا قتيبة بن سعيد حدثنا الليث بن سعد عن يحيى هو ابن سعيد الأنصارى عن بشير بن يسار عن سهل بن أبى حثمة قال يحيى : وحسبته قال : وعن رافع بن خديج أنهما قالا : خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود بن زيد حتى اذا كانا بخيبر تفرقا فى بعض ما هنالك ثم اذا محيصة يجد عبد الله بن سهل قتيلا فدفنه ثم ذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل وكان أصغر القوم فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه

---

(1) هو الفضل بن دكين شيخ البخارى بل أكبر شيوخه .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر الكبر فى السن فصمت وتكلم صاحباه وتكلم معهما فذكروا لرسول الله صلى لله عليه وسلم مقتل عبد الله ابن سهل فقال لهم : أتحلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم ؟ قالوا . كيف نحلف ولم نشهد ؟ قال : فتبريكم يهود بخمسين يمينا قالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ! فلما رأى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه عقله . وعند مسلم حدثنا عبد الله بن عمر القواريرى حدثنا حماد بن زيد حدثنا يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبى حثمة ورافع بن خديج أن محيصة بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا قبل خيبر فتفرقا فى النخل فقتل عبد الله بن سهل فاتهموا اليهود فجاء أخوه عبد الرحمن وابن عمه حويصة ومحيصة الى النبى صلى الله عليه وسلم فتكلم عبد الرحمن فى أمر أخيه وهو أصغر القوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر الكبر أو قال : ليبدأ الأكبر فتكلما فى أمر صاحبهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته قالوا : أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال : فتبريكم يهود بأيمان خمسين منهم قالوا : يا رسول الله وكيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ قال : فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبله قال سهل : فدخلت مربدا لهم فركضتنى ناقة من تلك الابل ركضة برجلها ، قال حماد هذا أو نحوه . قال أبو محمد بن حزم رحمه الله : فشك يحيى فى رواية الليث هل ذكر بشير بن يسار ورافع بن خديج مع سهل بن أبى حثمة أو لم يذكر ولم يشك فى رواية حماد بن زيد عنه فى أن رافعا روى عنه هذا الخبر بشير ، وكلا الرجلين ثقة حافظ وحماد أحفظ من الليث ، والروايتان معا صحيحتان ، فصح أن يحيى شك مرة هل ذكر بشير رافعا مع سهل أم لا ، وقطع يحيى مرة فى أن بشيرا ذكر رافعا مع سهل ولم يشك فهى زيادة من حماد ، وزيادة العدل مقبولة . ومن طريق مسلم حدثنا بشير بن عمر قال : سمعت مالك بن أنس وحدثنا أيضا عبد الله بن ربيع حدثنا محمد بن معاوية حدثنا أحمد بن شعيب حدثنا أحمد بن عمرو بن السرح ، ومحمد بن مسلمة . قال أحمد : حدثنا محمد ابن وهب وقال محمد حدثنا ابن القاسم ثم اتفق ابن وهب وابن القاسم وبشير بن عمر كلهم يقول : حدثنا مالك بن أنس حدثنا أبو ليلى بن عبد

الله بن عبد الرحمن بن سهل عن سهل بن أبي حثمة أنه أخبره عن رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا الى خيبر من جهد أصابهما فأتى محيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح في عين أو فقير فأتى يهود فقال : أنتم والله قتلتموه قالوا : والله ما قتلناه ثم أقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك ثم أقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن ابن سهل فذهب محيصة ليتكلم وهو الذي كان بخيبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمحيصة : كبر كبر يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما أن يدوا صاحبكم واما أن يؤذنوا بحرب فكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهم في ذلك فكتبوا : انا والله ما قتلناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا : لا قال : فتحلف لكم يهود ؟ قالوا : ليسوا مسلمين ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة ناقة حتى دخلت عليهم الدار ، قال سهل : لقد ركضتني منها ناقة حمراء • ومن طريق سفيان بن عيينة حدثنا يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حثمة قال : وجد عبد الله بن سهل قتيلا فجاء أخواه حويصة ومحيصة وهما عما عبد الله بن سهل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر ، قالوا : يا رسول الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب ــ يعني من قليب خيبر ــ قال النبي صلى الله عليه وسلم : من تتهمون ؟ قالوا : نتهم يهود قال : فتقسمون خمسين يمينا أن اليهود قتلته قالوا : وكيف نقسم على ما لم نر ؟ قال : فتبريكم اليهود بخمسين يمينا أنهم لم يقتلوه قالوا : وكيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون ؟ فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده » اهـ • قلت : وذكر البيهقي أن البخاري ومسلما أخرجاه من رواية الليث وحماد بن زيد وبشر بن المفضل كلهم عن يحيى بن سعيد ، واتفقوا كلهم على البداية بالأنصار ، ورواه أبو داود من رواية ابن عيينة عن يحيى بلفظ : « فتبرئكم يهود بخمسين يمينا يحلفون أنهم لم يقتلوه » فبدأ بذكر اليهود وقال : انه وهم من ابن عيينة ، وأخرجه البيهقي من طريقه وقال : ان مسلما أخرجه ولم يسق متنه ، وقد وافق وهيب

ابن خالد ابن عيينة على روايته ، أخرجه أبو يعلى . هكذا أفاده الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير .

أما اللغات فاللوث القوة ، والجراحات والمطالبات بالأحقاد وشبه الدلالة ، وتمراغ اللقمة فى الاهالة ولزوم الدار ولوك الشيء فى الفم والبطء فى الأمر ، واللوثة بالضم الاسترخاء والبطء والحمق والهيج ومس الجنون وكثرة اللحم والشحم والضعف وخرقة تجمع ويلعب بها ، والالتياث الاختلاط والالتفاف والابطاء ، والتلويث التلطيخ ، واللائث الأسد ، وسميت الأركان ههنا قسامة لتكرارها وكثرتها ، وان كانت كل يمين قسما ، وقيل لأنها تقسم على الأولياء فى الدم وفى معنى القوة يقول الأعشى :

بذات لوث عفرناه اذا عثرت فالنعس أدنى لها من أن يقال لعا

وقوله (من جهد أصابهما) الجهد بالفتح والضم الطاقة والمشقة وجهد بفح عينه جد واجتهد ، واجهد جهدك : أبلغ غايتك ، وجهد كعلم فهو مجهود من المشقة يقال : أصابهم قحط من المطر فجهدوا . قوله : (طرح فى فقير) الفقير هو حفير كالبئر هو مخرج الماء من القناة ، وفى القاموس : هو فم القناة .

وقوله (الكبر الكبر) أى قدم الأكبر ولا تتقدم عليه فى الكلام وكان عبد الرحمن أصغر من صاحبيه وقوله (يأذنوا) وقوله تعالى : (فأذنوا بحرب من الله ورسوله) الأذان الاعلام ، فكأنه يقول كونوا على علم .

أما حويصة وأخوه محيصة فقد قال النووى رضى الله عنه فى تهذيب الأسماء واللغات : مذكوران فى القسامة من المختصر والمهذب ويجوز فيهما تشديد الياء مكسورة ويجوز تخفيفها ساكنة والأشهر التشديد . وهو أبو سعيد حويصة بن مسعود بن كعب بن عامر بن عدى بن مجدعة بن حارثة ابن الحارث بن الخزرج بن عمرو بن مالك بن الأوس الأنصارى الأوسى الحارثى المدنى الصحابى رضى الله عنه ، شهد هو وأخوه محيصة أحدا والخندق وسائر المشاهد بعدهما مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى

عنه محمد بن سهل بن أبي حثمة وحرام بن سعد وكان حويصة أسن من محيصة وأسلم محيصة قبله وأسلم حويصـــة على يد محيصـــة رضي الله عنهما ا هـ •

وأما سهل بن أبي حثمة فقال رضى الله عنه فى التهذيب (سهل بن أبى حثمة) الصحابى تكرر فى المهذب فذكره فى استقبال القبلة وصلاة الخوف والعرايا والقسامة • وحثمة بفتح الحاء المهملة واسكان المثلثة ، واسم أبى حثمة عبد الله بن ساعدة وقيل عامر بن ساعدة بن عامر بن عدى بن جشم ابن مجـــدعة بن حارثة ابن الحارث بن الخزرج بن عمرو بن مالك بن الأوس الأنصارى وكنية سهل أبو يحيى ويقال : أبو محمد وهو مدنى توفى النبى صلى الله عليه وسلم وهو ابن ثمان سنين ، وقد حفظ عن النبى صلى الله عليه وسلم أحاديث روى له عن النبى صلى الله عيه وسلم خمسة وعشرون حديثا ، اتفقا على ثلاثة منها روى عنه نافع بن جبير وعبد الرحمن بن مسعود وبشير بن يسار بالمهملة ، وصالح بن خوات والزهرى ، وقيل : لم يسمع منه وحديثه فى صلاة الخوف والعرايا والقسامة فى الصحيحين وحديثه فى استقبال القبلة فى مسألة سترة المصلى صحيح أيضا رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة •

اما الأحكام فانه اذا ادعى رجل على رجل حقا فأنكره ولا بينة للمدعى ـــ نظرت ، فان كانت الدعوى فى غير القتل ـــ فالقول قول المدعى عليه مع يمينه • وان حلف سقطت عنه الدعوى ، وان نكل عن اليمين وحلف المدعى قضى له بما ادعاه ، وقد مضى بيان ذلك •

وان كانت الدعوى فى القتل ولا بينة للمدعى ـــ فان كان هناك لوث وهو معنى يغلب معه على الظن صدق المدعى ، مثل أن يوجد الرجل مقتولا فى محلة أعدائه وما أشبه ذلك على ما يأتى بيانه ـــ فان الأيمـــان ثبتت فى جنبة ولى المقتول أولا ، فيحلف خمسين يمينا على المدعى عليه ، سواء كان بالمقتول جراحة أو لا جراحة به •

اذا ثبت هذا وحلف ولى المقتول ــ فان كانت الدعوى بقتل الخطأ أو عمد الخطأ ــ وجبت الدية على عاقلة المدعى عليه كما لو قامت البينة بالقتل بذلك ، وان كانت الدعوى بقتل يقتضى القود ففيه قولان قال فى القديم : يجب القود على المدعى عليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته » والرمة الحبل الذى يقاد به للقتل ، وقيل : هو عبارة عن التسليم للقتل ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » ومعلوم أن صاحبهم المقتول قد أريق دمه ولا يمكنهم استحقاقه ، فثبت أنه أراد دم صاحبكم القاتل • ولأنها حجة ثبت بها قتل العمد فثبت بها القود كالشاهدين • وقال فى الجديد : لا يجب القود ، وانما تجب الدية لقوله صلى الله عليه وسلم « اما أن يدوا صاحبكم أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله » فلو كان موجب القتل فى القسامة مع اللوث القود لقال : اما أن يسلموا صاحبكم ليقاد منه ، ولأنها حجة لا يثبت بها النكاح فلا يثبت بها القود كالشاهد واليمين ، وفيه احتراز من الشاهدين ، فأما قوله صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته » فمحمول على أنه يسلم برمته ليؤخذ منه الدية ، وقوله صلى الله عليه وسلم « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » أى بدل دم صاحبكم وهو الدية ، لأن صاحبهم فى الحقيقة هو الأنصارى دون اليهود وأما الحديث الذى ساقه العمرانى فى البيان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل رجلا فى القسامة من بنى مالك » فمحمول على أن المدعى حلف بعد نكول المدعى عليه فى غير اللوث ، وسميت القسامة لتكرار الأيمان فيها • فاذا قلنا بقوله القديم ــ فان كان المدعى عليه واحدا ــ أقيد منه ، وان كانت الدعوى على جماعة يصح اشتراكهم فى القتل كالعشرة وما أشبههم ، وأقسم عليهم الولى فانهم يقتلون وبه قال مالك •

وحكى الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أن أبا العباس بن سريج قال : اذا حلف الولى على جميعهم اختار منهم واحدا وقتله وأخذ من الباقين حصتهم من الدية ، وحكاه المصنف عن أبى اسحق المروزى ، ولم يذكر أنه

يرجع عليهم بشيء ، ووجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأنصار : يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته فلم يجعل لهم استحقاق القود بالقسامة على واحد فدل على أن القود لا يستحق بالقسامة على أكثر من واحد والمذهب الأول لأنها حجة يقتل بها الواحد فقتل بها الجميع كالشاهدين ، وأما الخبر فانما أمرهم بتعيين المدعى عليهم للقتل لأن اليهود الذين ادعى عليهم القتل كانوا جماعة لا يتأتى منهم الاشتراك في القتل ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم » فيجوز أنه كان له خمسون وليا .

فرع في مذاهب العلماء في القسامة

قلنا ان كانت الدعوى في القتل ولا بينة للمدعى فان كان هناك لوث فان الأيمان تثبت في جنبة ولى المقتول أولا فيحلف خمسين يمينا على المدعى عليه سواء كان بالمقتول جراحة أو لا جراحة به . هذا مذهبنا وبه قال ربيعة وتلميذه مالك والليث بن سعد وأحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى وقال أبو حنيفة : اذا وجد الرجل مقتولا في محلة قوم — فان لم يكن به جراحة فانه يوجد من صالحى المحلة أو القرية خمسون رجلا — فيحلف كل منهم يمينا ما قتلناه ولا علمنا من قتله ، ان لم يكن فيها الا رجل واحد حلف خمسين يمينا ، فان حلفوا وجبت دية المقتول على باقى المحلة سواء زال ملكه عنها أو لم يزل ان كان موجودا ، فان لم يكن موجودا كانت الدية على عاقلة سكان المحلة من حلف منهم ومن لم يحلف .

وقال أبو يوسف : تكون الدية على السكان بكل حال ، قالوا : وان وجد القتيل في مسجد المحلة حلف منهم خمسون رجلا وكانت الدية في بيت المال ، وان وجد القتيل في دار نفسه فديته على عاقلته ، وان وجد بين قريتين نظر الى أيهما أقرب ويكون حكمها حكمه كما لو وجد فيها ويفصل الكاسانى في بدائع الصنائع هذا المجمل قال :

فأما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة والدية عند عامة العلماء ، وعند مالك وجوب القسامة والقصاص ، والكلام في القسامة يقع في

مواضع : فى تفسير القسامة وبيان محلها ، وفى بيان شرائط وجوب القسامة والدية ، وفى بيــان سبب وجوب القســامة والدية وفى بيان من يدخل فى القسامة والدية ، وفى بيان ما يكون ابراء عن القسامة والدية .

أما تفسير القسامة وبيــان محلها فالقسامة فى اللغــة تستعمل بمعنى الوسامة والجمال ، يقال : فلان قسيم أى حسن جميل ، وفى صفات النبى صلى الله عليه وسلم قسيم واستعمل بمعنى القسم وهو اليمين الا أن فى عرف الشرع تستعمل فى اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصــوص وعلى شــخص مخصوص ، وهــو المدعى عليــه على وجه مخصوص ، وهو أن يقول خمســون من أهل المحلة اذا وجد قتيل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ، فاذا حلفوا يغرمون الدية ، وهذا عند أصحابنا رحمهــم الله وقال مالك رحمه الله : ان كان هناك لوث يستحلف الأوليــاء خمسين يمينا فاذا حلفوا يقتص من المدعى عليه .

وتفسير اللوث عنده أن يكون هناك علامة القتل فى واحد بعينــه أو يكون هناك عداوة ظاهرة ، وقال الشافعى رحمه الله : ان كان هناك لوث أى عداوة ظاهرة ، وكان بين دخوله المحلة وبين وجوده قتيلا مدة يسيرة ، يقال للولى عين القاتل فان عين القاتل يقال للولى احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان ، فى قول يقتل القاتل الذى عينه كما قال مالك ، وفى قول يغرمه الدية . فان عدم أحد الشرطين اللذين ذكرناهما يحلف أهل المحلة ، فاذا حلفوا لا شىء عليهم كما فى سائر الدعاوى ثم قال الكاسانى :

احتجا لوجوب القســامة على المدعى بحديث سهل بن أبى حثمة أنه قال : وجد عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب كبير فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم عنــد النبى صلى الله عليه وسلم فقــال صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم أحد عميه ، اما حويصة واما محيصة الكبير منهما فقال : يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا فى قليب من قليب خيبر ، وذكر عداوة اليهود لهم فقال صلى الله عليه وسلم يحلف لكم اليهود خمسين يمينا

أنهم لم يقتلوه ، فقالوا : كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون ؟ فقال صلى الله عليه وسلم فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه فقالوا : كيف نقسم على ما لم نر ؟ فوداه صلى الله عليه وسلم من عنده » ووجه الاستدلال أن النبى صلى الله عليه وسلم عرض اليمين على أولياء القتيل • ثم قال :

ولنا ما روى عن زياد بن أبى مريم أنه قال : « جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم قال : يا رسول الله انى وجدت قتيلا فى بنى فلان فقال صلى الله عليه وسلم اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه فقال : يا رسول الله ليس لى من أخى الا هذا ؟ فقال : بل لك مائة من الابل » فدل الحديث على وجوب القسامة على المدعى عليهم وهم أهل المحلة لا على المدعى ، وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة • وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « وجد قتيل بخيبر فقال صلى الله عليه وسلم اخرجوا من هذا الدم ، فقالت اليهود قد كان وجد فى بنى اسرائيل على عهد موسى فقضى فى ذلك ، فان كنت نبيا فاقض فقال لهم صلى الله عليه وسلم تحلفون خمسين يمينا ثم تغرمون الدية فقالوا : اقضيت بالناموس » أى بالوحى وهذا نص فى الباب وبه يبطل قول مالك رحمه الله بايجاب القصاص ، ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدية • وروى أن سيدنا عمر رضى الله عنه حكم فى قتيل وجد بين قريتين فطرحه على أقربهما وألزم أهل القرية القسامة والدية • وكذا روى عن سيدنا على رضى الله عنه ولم ينقل الانكار عليهما من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا ثم قال :

وأما حديث سهل ففيه ما يدل على عدم الثبوت ولهذا ظهر النكير فيه من السلف فان فيه أنه صلى الله عليه وسلم دعاهم الى أيمان اليهود فقالوا : كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون ؟ وهذا يجرى مجرى الرد لما دعاهم اليه مع أن رضا المدعى لا مدخل له فى يمين المدعى عليه ، وفيه أيضا أنه لما قال لهم : يحلف منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا : كيف نحلف على ما لم نشهد ، وهذا أيضا يجرى مجرى الرد لقوله صلى الله عليه وسلم ثم أنهم أنكروا ذلك لعدم علمهم بالمحلوف عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم أنهم لا علم لهم بذلك فكيف استجاز عرض اليمين عليهم ، ولئن ثبت

فهو مؤول ، وتأويله أنهم لما قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فقال لهم صلى الله عليه وسلم « يحلف منكم خمسون » على الاستفهام ، أي أيحلف ؟ اذ الاستفهام قد يكون بحذف حرف الاستفهام كما قال تعالى (تريدون عرض الدنيا) أي أتريدون عرض الدنيا ، كما روى فى بعض ألفاظ حديث سهل « أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ » على سبيل الرد والانكار عليهم كما قال تبارك وتعالى (أفحكم الجاهلية يبغون ؟) حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل ، والحديث المشهور دليل على ما قلنا ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » جعل جنس اليمين على المدعى عليه فينبغى ألا يكون شيء من الأيمان على المدعى . ثم قال رحمه الله :

فان قيل روى عنه صلى الله عليه وسلم قوله « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا فى القسامة » استثنى القسامة فينبغى ألا تكون اليمين على المدعى عليه فى القسامة لأن حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه . فالجواب أن الاستثناء لو ثبت فله تأويلان (أحدهما) اليمين على المدعى عليه بعينه الا فى القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه (والثانى) اليمين كل الواجب على المدعى عليه الا فى القسامة ، فانه يجب معها الدية .

فان قيل : أى فائدة فى الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قولهم ، لأنهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال صلى الله عليه وسلم « لا شهادة للمتهم » وقال صلى الله عليه وسلم « لا شهادة لجار المغنم [1] ولا لدافع المغرم » .

قيل : انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة ، لأن السنة هكذا وردت لما روينا من الأخبار فاتبعنا السنة من غير أن نعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين (أحدهما) أن من الجائز أن يكون القاتل عبدا لواحد منهم فيقر

---

(1) فى هذين الحديثين نظر ، ولم اجدهما فى ديوان من دواوين السنة وأصحاب مذهب ابى حنيفة يسيغون جعل القواعد الفقهية احاديث .

عليه بالقتل فيقبل اقراره ، لأن اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح ، فيقال له : ادفعه أو أفده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا ، وجائز أن يقر على عبده غيره ويصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى فى الأصل ثم بقى هذا الحكم ثم ساق شواهد من الرمل فى الطواف ثم قال (والثانى) أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمر صبيا أو مجنونا أو محجوراً عليه بالقتل ولو أقر به يلزمه فى ماله يحلف بالله ما علمت له قاتلا، لأنه لو قال : علمت له قاتلا وهو الصبى الذى أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ، ويسقط الحكم عن غيره ، فكان مفيدا والله تعالى أعلم وأما شرائط القسامة التى ذكرها الكاسانى عند أصحابه فأنواع منها :

أن يكون الموجود قتيلا ، وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، فان لم يكن شىء من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية ، لأنه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه فلا يجب فيه شىء ، فاذا احتمل أنه مات حتف أنفه واحتمل أنه قتل احتمالا على السواء فلا يجب شىء بالشك والاحتمال ، ولهذا لو وجد فى المعركة ولم يكن به أثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل • وعلى هذا قالوا : اذا وجد والدم يخرج من فمه أو من أنفه أو دبره أو ذكره لا شىء فيه لأن الدم يخرج من هذه المواضع عادة بدون الضرب بسبب القىء والرعاف ، وعارض آخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج من عينه أو أذنه ففيه القسامة والدية ، لأن الدم لا يخرج من هذه المواضع عادة فكان الخروج مضافا الى ضرب حادث فكان قتيلا وأما ابن حزم فى المحلى فانه يقول : اختلف الناس فى القسامة على أقوال نذكر منها ما يسر الله تعالى ان شاء الله تعالى على حسب ما وردت عمن جاء عنه فى ذلك أثر عن الصحابة رضى الله عنهم ثم عن التابعين رحمهم الله ثم عمن بعدهم ان شاء الله تعالى ، ثم نذكر حجة كل طائفة لقولها ليلوح من ذلك الحق كما روينا من طريق عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن عمر قال : « لم يقد أبو بكر ولا عمر بالقسامة » روينا من طريق أبى بكر بن أبى شيبة نا عبد السلام بن حرب عن عمرو هو ابن عبيد عن الحسن البصرى

« أن أبا بكر والجماعة الأولى لم يكونوا يقيدون بالقسامة » ومن طريق أبي بكر بن أبي شيبة نا وكيع نا المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود قال : « انطلق رجلان من أهل الكوفة الى عمر بن الخطاب فوجداه قد صدر عن البيت عامدا الى منى فطاف بالبيت ثم أدركاه فقصا عليه قصتهما فقالا : يا أمير المؤمنين ان ابن عم لنا قتل نحن اليه شرع سواء في الدم وهو ساكت لا يرجع اليهما شيئا حتى ناشداه الله فحمل عليهما ثم ذكرا الله فكف عنهما ثم قال عمر بن الخطاب : ويل لنا اذا لم نذكر بالله وويل لنا اذا لم نذكر الله فيكم شاهدان ذوا عدل يجيئان به على من قتله فنقيدكم منه والا حلف من يدرؤكم بالله ما قلتنا ولا علمنا قاتلا ، فان نكلوا حلف منكم خمسون ثم كانت الدية ، ان القسامة تستحق بها الدية ولا يقاد بها ، ومن طريق عبد الرزاق عن معمر عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب « أستحلف امرأة خمسين يمينا ثم جعلها دية » ومن طريق عبد الرزاق عن أبي بكر بن عبد الله عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال في القتيل يوجد في الحي « يقسم خمسون من الحي الذي وجد فيه بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا فان حلفوا بروا وان لم يحلفوا أقسم من هؤلاء خمسون بالله ان دمنا فيكم ثم يغرمون الدية » ومن طريق البخاري أو أبا قلابة قال لعمر بن عبد العزيز : « كانت هذيل خلعوا حليفا لهم في الجاهلية ، وطرق أهل بيت من اليمن بالبطحاء فانتبه له رجل منهم فحذفه بالسيف فقتله فجاءت هذيل فأخذوا اليماني فرفعوه الى عمر ابن الخطاب بالموسم وقالوا : قتل صاحبنا قال : انهم خلعوه قال : يقسم خمسون من هذيل ما خلعوا فأقسم منهم تسعة وأربعون رجلا وأقدم رجل من الشام فسألوه أن يقسم فافتدى يمينه منهم بألف درهم فادخلوا مكانه آخر فدفعه عمر الى أخي المقتول فقرنت يده بيده فانطلقا وذكر الخبر » .

وعن الضحاك بن محمد بن المنتشر قال : « ان قتيلا قتل باليمن بين حيين فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا الحيين فكان الى وداعة أقرب فأمرهم عمر أن يقسموا ثم يدوا » وعن الشعبي في قتيل وجد في وداعة باليمن فأدخل عمر بن الخطاب الحطيم منهم خمسين رجلا منهم ثم استحلفهم

رجلا رجلا بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا فقال لهم : أدوا وحولوا فقالوا : يا أمير المؤمنين تغرمنا وتحلفنا ؟ قال : نعم » ومن طريق اسماعيل عن أسحق القاضى بالاسناد الى ابن شهاب أن عمر بن عبد العزيز سأله عن القسامة قال : فقلت له : كانت من أمر الجاهلية أقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن من سنتنا وما بلغنا أن القتيل اذا تكلم برىء أهله وان لم يتكلم حلف المدعى عليهم وذلك فعل عمر بن الخطاب والذى أدركنا عليه الناس • وعن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب « قضى بالبينة على الطالب والأيمان على المطلوب الا فى الدم » وعن الزهرى قال : كتب الى سليمان بن هشام يسأل عن رجل وجد قتيلا فى دار قوم فقالوا : طرقنا ليسرقنا وقال أولياؤه : كذبوا بل دعوه الى منزلهم ثم قتلوه قال الزهرى فكتب اليه : يحلف من أولياء المقتول خمسون : انهم لكاذبون ما جاء ليسرقهم وما دعوه الا دعاء ثم قتلوه فان حلفوا أعطوا القود ، وان نكلوا حلف من أوليائك خمسون بالله لطرقنا ليسرقنا ثم عليهم الدية • قال الزهرى : وقد قضى بذلك عثمان بن عفان فى ابن باقرة التغلبى أبى قومه أن يحلفوا فأغرمهم الدية » وقال على بن أبى طالب : « أيما رجل قتل بفلاة من الأرض فديته من بيت المال لكى لا يطل دم فى الاسلام ، وأيما قتيل يوجد بين قريتين فهو على أصيقهما » ــ يعنى أقربهما ــ وعن على رضى الله عنه أنه « استخلف المتهم وتسعة وأربعين معه تمام الخمسين » فهذا ما جاء عن على رضى الله عنه وروى عن ابن عباس قوله : « لا قسامة الا أن تكون بينة يقول : لا يقتل بالقسامة ولا يطل دم مسلم » فهذا ما جاء عن ابن عباس وعن ابن الزبير أنه أقاد بالقسامة • وعن ابن أبى مليكة : سألنى عمر بن عبد العزيز عن القسامة فأخبرته أن عبدالله بن الزبير أقاد بها وأن معاوية لم يقد بها •

وعن ابن المسيب أن القسامة فى الدم لم تزل على خمسين رجلا ، فان نقصت قسامتهم أو نكل منهم رجل واحد ردت قسامتهم حتى حج معاوية ، فاتهمت بنو أسد ابن عبد العزى مصعب بن عبد الرحمن بن عوف الزهرى ومعاذ بن عبد الله بن معمر التيمى وعقبة بن جعونة بن شعوب الليثى بقتل اسماعيل بن هبار فاختصموا الى معاوية اذ حج ولم يقم عبد الله بن الزبير

بينة الا بالتهمة فقضى معاوية بالقسامة على المدعى عليهم وعلى أوليائهم ، فأبى بنو زهرة وبنو تيم وبنو ليث أن يحلفوا عنهم فقال معاوية لبنى أسد : احلفوا فقال ابن الزبير : نحلف نحن على الثلاثة جميعا فتستحق فأبى معاوية أن يقسموا الا على واحد فقصر معاوية القسامة فردها على الثلاثة الذين ادعى عليهم فحلفوا خمسين يمينا بين الركن والمقام فبرئوا وكان ذلك أول ما قصرت القسامة ثم قضى بذلك مروان وعبد الملك ثم رد القسامة الى الأمر الأول • وأما توحيد الأيمان فروى عن سفيان الثورى عن عبد الله ابن يزيد عن أبى مليح أن عمر بن الخطاب ردد الأيمان عليهم الأول فالأول، وأما التابعون ، قال أبو محمد بعد أن ساق الاسناد الى الحسن فى القتيل يوجد بقبيلة قال : يقسم من المدعى عليهم خمسون ما قتلنا ولا علمنا قاتلا فان حلفوا فقد برئوا وان نكلوا أقسم من المدعين خمسون : ان دمنا قبلكم ثم يودوا • وعن الحسن : يستحقون بالقسامة الدية ولا يستحقون بها الدم • وعن ابراهيم قال : القود بالقسامة جور يستحق بها الدية ولا يقاد بها • ومن طريق أبى بكر ابن أبى شيبة حدثنا ابن علية عن يحيى بن أبى اسحق سمعت سالم بن عبد الله يقول وقد تيسر قوم من بنى ليث ليحلفوا الغد فى القسامة فقال : يا لعباد الله لقوم يحلفون على ما لم يروه ولم يحضروه ولم يشهدوه ولو كان لى من الأمر شىء لعاقبتهم ولنكلتهم ولجعلتهم نكالا وما قبلت لهم شهادة ، ومن طريق البخارى الى أبى رجاء من آل بنى قلابة حدثنى أبو قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا فقال : ما تقولون فى القسامة ؟ فقالوا : القود بها حق وقد أقادت بها الخلفاء فقال لى : ما تقول يا أبا قلابة ؟ فقلت : يا أمير المؤمنين عندك رءوس الأخيار وأشراف العرب أرأيت لو أن خمسين منهم شهدوا على رجل محصن أنه سرق أكنت تقطعه ولم يروه ؟ قال : لا قلت : فوالله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا قط الا فى احدى ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ، أو رجل زنى بعد احصان أو رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام • قال الزهرى : فدعانى عمر بن عبد العزيز فقال : يا بنى أريد أن أدع القسامة يأتى الرجل من أرض كذا وآخر من أرض كذا فيحلفون فقلت له : ليس ذلك لك قضى رسول الله صلى الله عليه

وسلم والخلفاء بعده وانك ان تركتها أوشك رجل أن يقتل عند بابك فيطل دمه وأن للناس فى القسامة حياة • وقال الزهرى فى رجل اتهم بقتله أخوان فخاف أبوهما أن يقتلا فقال : أنا قتلت صاحبكم فقال كل واحد من الأخوين : أنا قتلته وبرأ بعضهم بعضا قال الزهرى : أرى ذلك الى أولياء الميت قسامة فيحلفون قسامة الدم على أحدهم •

قال أبو محمد : فالمأثور من ذلك عن أبى بكر رضى الله عنه أنه لم يقد بالقسامة الا أنه لا يصح لأنه مرسل انما هو عن عبيد الله من حفص وعن الحسن فى طريق الحسن عبد السلام بن حرب وهو ضعيف • وعن عمر رضى الله عنه أنه لم يقد بالقسامة وهو مرسل لا يصح كما ذكرنا ، وروى عنه أنه طلب البينة من أولياء المقتول فان لم يجدوها حلف المدعى عليهم ولا شىء عليهم فان نكلوا حلف المدعون واستحقوا الدية ، وهذا مرسل عنه لأنه عن القاسم بن عبد الرحمن بن مسعود عن عمر ولم يولد والد القاسم الا بعد موت عمر ، وروى عنه أيضا « البينة على المدعين والا حلف المدعى عليهم وبرئوا فقط » الا أنه مرسل ، وروى عنه فى قتيل وجد بين حيين أو قريتين أن يذرع الى أيهما هو أقرب فالذى هو أقرب اليها حلف خمسين يمينا وغرموا الدية مع ذلك • ومثل هذا عن المغيرة بن شعبة الا أنه مرسل لأنه عن عمر ، والمغيرة من طريق شعبة ولم يولد الا بعد موت عمر بأزيد من عشرة أعوام أو نحوها وقبل الشعبى ، وفى خبر المغيرة أشعث وهو ضعيف وروى عنه أنه حلف امرأة مدعية من دم مولى لها خمسين يمينا ثم قضى لها بالدية وهذا مرسل لأنه عن أبى الزناد عنه وعن ابن المسيب عنه ، وأما عثمان رضى الله عنه فانه روى عنه فى قتيل وجد فى دار قوم فأقروا بقتله وأنه جاءهم ليسرقهم أن يحلف أولياء المقتول ولهم القود فان نكلوا حلف أهل الدار وغرموا الدية الا أنه لا يصح لأنه مرسل من طريق الزهرى عن عثمان• ولم يولد الزهرى الا بعد موت عثمان • وأما قول على رضى الله عنه اذا وجد القتيل بين قريتين قاس ما بينهما وجعله على أقربهما وان وجد بفلاة من الأرض فديته على بيت المال وأنه أحلف المدعى عليه وتسعة وأربعين

معه . الا أنه لا يصح لأنه عن أبى جعفر ولم يولد أبو جعفر الا بعد موت علي ببضعة عشر عاماً ، ومن طريق أخرى فيها الحارث الأعور وهو كذاب ، والحجاج [1] بن أرطأة وهو هالك (كذا !!!) وأما ابن عباس فقد جاء عنه أنه « قضى بالأيمان على المدعى عليهم فى القسامة وألا يقاد بها وألا يطل دم مسلم » الا أنه لا يصح لأن احدى الطريقين عن مطيع وهو مجهول والأخرى عن ابراهيم بن أبى يحيى وهو هالك . وأما ابن الزبير فصح عنه أنه من أجل اسناد أنه أقاد بالقسامة ، وأنه رأى القود بها فى قتيل وجد ، وأنه رأى الحكم للمدعين بالأيمان ، وأنه رأى أن يقاد بها من الجماعة للواجد روى ذلك عنه أوثق الناس سعيد بن المسيب وقد شاهد تلك القصة كلها ، وعبد الله بن أبى مليكة قاضى ابن الزبير ثم روى أن معاوية أقاد بالقسامة وهو من طريق ابن المسيب أيضا ضعف جميع الطريق الأخرى عن بقية الصحابة ثم قال : فهذا كل ما روى عن الصحابة رضى الله عيهم كله مخالف فيه غير متفق وكله لا يصح الا ما روى عن ابن الزبير ومعاوية وعن ابطال القسامة اذا لم يتم الخمسون فهو صحيح .

(وأما التابعون) رحمهم الله ، فأما الحسن فصح عنه أنه لا يقاد بالقسامة لكن يحلف المدعى عليهم بالله ما فعلنا ويبرون فان نكلوا حلف المدعون وأخذوا الدية . هذا فى القتيل يوجد ، وأما عمر بن عبد العزيز فجاء عنه يبدأ المدعى عليهم ثم أغرمهم الدية مع أيمانهم وهذا عنه صحيح وأنه بدأ المدعين بالأيمان فى القسامة وردد الأيمان ، وصح عنه أنه رجع من القسامة جملة وترك الحكم بها وصح عنه مثل حكم عمر بن الخطاب فى اغرامه نصف الدية فى نكول المدعين ونكول المدعى عليهم عن الأيمان معا ، وأما شريح فصح عنه تردد الأيمان ، وأن القتيل اذا وجد فى دار قوم فادعى أهله على غير تلك الدار فقد بطلت القسامة ولا شيء لهم على أحد الا ببينة ، وأما ابراهيم النخعى فصح عنه ابطال القود بالقسامة لكن يبدأ بالمدعى عليهم فيحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية مع ذلك ورأى ترديد الأيمان . وأما الشعبى فروى عنه فى القتيل يوجد بين قريتين أنه على

---

(١) التحقيق أن محلة الصدق اذا صرح بالتحديث والا فهو مدلس ففى قول ابى محمد مبالغة طاغية .

فربهما اليه وفيه الدية ، وان وجد بدنه فى دار قوم فعليهم دمه ، وان وجد رأسه فى دار قوم فلا شىء فيه لا دية ولا غيرها الا أنه لا يصح عنه لأنه عمن لم يسم أو عن صاعد اليشكرى ولا نعرفه • وأما سعيد بن المسيب فقد صح عنه أن القسامة على المدعى عليهم ، وروى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بها ، ولو علم أن الناس يجترئون عليها لم يقض بها • وهذا كلام سوء قد أعاذ الله تعالى سعيد بن المسيب عنه ، ورواية عن يونس بن يوسف وهو مجهول ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحكم من عند نفسه « وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى » ولقد علم الله تعالى اذ أوحى اليه بأن يحكم فى القسامة بما حكم به من الحق أن الناس سيجترئون على الكفر وعلى الدماء فكيف على الأيمان « وما كان ربك نسيا » •

وأما قتادة فصح عنه أن القسامة تستحق بها الدية ولا يقاد بها ، وأما سالم فصح عنه انكار القسامة جملة وأن من حلف فيها يستحق أن ينكل وألا تقبل له شهادة • وأما أبو قلابة فصح عنه انكار القسامة جملة • وأما الزهرى فصح عنه أن القسامة اذا لم تتم الخمسون فى عدد المدعين بطلت ولا ترد الأيمان فيها وأن ترديدها محدث ، وأما عروة بن الزبير وأبو بكر ابن عمرو بن حزم وأبان بن عثمان فانه روى عنهم أن ادعى المصاب على انسان أنه قتله أو على جماعة فان أولياء المدعى يبدأون فيحلفون خمسين يمينا على واحد وتردد عليهم الأيمان ان لم يتموا خمسين يمينا فاذا حلفوا دفع اليهم الواحد فيقتلوه وجلد الآخرون مائة مائة وسجنوا سنة ، وأن عبد الملك بن مروان أول من قضى بألا يقتل فى القسامة الا واحد وكان من قبله يقتلون الرهط بالواحد ، وهذا كله خبر واحد ساقط لا يصح لأنه انفرد بروايته عبد الرحمن بن أبى الزناد وابن سمعان معا وهما ساقطان ، وأما أبو الزناد فروى عنه أنه يبدأ فى القسامة من له بعض بينة أو شبهة صح ذلك عنه • وأما ربيعة فقد صح عنه أن شهادة اليهود والنصارى والمجوس أو الصبيان أو المرأة يؤخذ بها فى القتل ويبدأ معها أولياء المقتول ، وكذلك دعوى المصاب دون بينة أصلا بالغا كان أو غير بالغ • هكذا روى عنه ابن وهب فيبدأ أولياؤه فيحلفون خمسين يمينا وتردد عليهم الأيمان ان لم يتموا

خمسين ويستحقون القود ، فان نكلوا حلف أولياء المدعى عليه فلا قود ولا دية ، فان نكلوا وجب لأولياء المقتول القود على من ادعوا عليه دون يمين .

(وأما السالفون) من علماء أهل المدينة جملة فانه روى عنهم أن من ادعى وهو مصاب أن فلانا قتله فان أولياءه يبدأون فى القسامة فان لم يدع على أحد برىء المدعى عليهم ، فان حلف الأولياء مع دعوى المصاب كان لهم القود ، فان عفوا عن الدم وأرادوا الدية قضى لهم بذلك وجلد المعفو عنهم مائة مائة وحبسوا سنة ، وان عفا الأولياء عن القود وعن الدية فلا ضرب على المعفو عنهم ولا سجن ، فان نكلوا حلف المدعى عليه مع أوليائه خمسين يمينا فان نكلوا غرم المدعى عليه الدية فى ماله خاصة ثم قال : وكل هذا لا يصح لأنه من رواية ابن سمعان وهو موصوف بالكذب .

ثم أخذ يسوق أقوال الفقهاء فقال : فأما سفيان الثورى فانه صح عنه أنه قال : ان وجد القتيل فى قوم فالبينة على أولياء القتيل فان أتوا بها قضى لهم بالقود والا حلف المدعى عليهم خمسين يمينا وغرموا الدية مع ذلك . وقال معمر : من ضرب فخرج فعاش صميتا ثم مات فالقسامة تكون حينئذ فيحلف المدعون لمات من ضربه اياه فان حلفوا خمسين يمينا كذلك استحقوا الدية ، وان نكلوا حلف من المدعى عليهم خمسون ما مات من ضربه اياه ويغرمون الدية مع ذلك فى الجرح خاصة لا فى النفس ، فان نكل الفريقان جميعا غرم المدعى عليهم نصف الدية وذهب الى ما روى عن عمر . وقال معمر : وقلت لعبيد الله بن عمر : أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقاد بالقسامة ؟ قال : لا قلت فأبو بكر ؟ قال : لا قلت : فعمر ؟ قال : لا قلت : فكيف تجترئون عليها فسكت قال معمر : فقلت ذلك لمالك فقال : لا تضع أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحيل ، لو ابتلى بها أقاد بها . وقال عثمان البتى فيمن ادعى عليهم بقتيل وجد فيهم فالبينة على المدعين ويقضى لهم ، فان لم يكن لهم بينة حلف خمسون رجلا من المدعى عليهم وبرئوا ولا غرامة فى ذلك ولا دية ولا قود ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تكون القسامة بدعوى المصاب أصلا ولا قود فى ذلك ولا دية ، لكن ان وجد قتيل فى محلة وبه أثر وادعى الولى على أهل المحلة أنهم قتلوه وادعوا

على واحد بعينه منهم ، فان كانت لهم بينة عدل قضى لهم بها ، وان لم تكن لهم بينة حلف المدعى عليهم خمسون رجلا من أهل الخطة لا من السكان ولا من الذين انتقل اليهم ملك الخطة بالشراء ، لكن على الذين كانوا مالكين لها فى الأصل يختارهم الولى ، فان نقص منهم ردت عليهم الأيمان ، فاذا حلفوا غرموا الدية مع ذلك ، فان نكلوا سجنوا حتى يقروا أو يحلفوا .

وقال مالك : لا تكون القسامة الا بأن يقول المصاب : فلان قتلنى عمدا ، فاذا قال ذلك ثم مات قبل أن يفيق حلف خمسون من أوليائه قياما فى المسجد الجامع مستقبلين القبلة : لقد قتله فلان عمدا ، فاذا حلفوا فان حلفوا على واحد فلهم القود منه ، وان حلفوا على جماعة لم يكن لهم القود الا من واحد ويضرب الباقون مائة مائة ويسجنون سنة فان شهد واحد عدل بأن فلانا قتل فلانا كانت القسامة أيضا كما ذكرناه وكذلك ان شهد لوث من نساء أو غير عدول ، فان لم يكونوا خمسين ردت عليهم الأيمان حتى يتم خمسين ولا يحلف فى القسامة أقل من اثنين ، فان كان القائل فلان قتلنى غير بالغ فلا قسامة فى ذلك ولا قود ولا غرامة ، قال : فان نكل جميع أولياء القتيل حلف المدعى عليهم خمسين يمينا فان لم يبلغوا خمسين ردت الأيمان عليهم ، فان لم يوجد الا المدعى عليه وحده حلف خمسين يمينا وبرىء فان نكل أحد ممن له العفو من الأولياء بطلت القسامة ووجبت الأيمان على المدعى عليهم ولا قسامة فى قتيل وجد فى دار قوم ولا غرامة ، ولا فى دعوى عبد أن فلانا قتله ، وفى دعوى المريض أن فلانا قتلنى خطأ روايتان (احداهما) أن فى ذلك القسامة والأخرى لا قسامة فى ذلك ولا فى كافر ،

وقال الشافعى : لا قسامة فى دعوى انسان أن فلانا قتلنى أصلا سواء قال عمدا أو خطأ ولا غرامة فى ذلك ؛ وانما القسامة فى قتيل وجد بين دور قوم كلهم عدو للمقتول ، فادعى أولياؤه عليهم ، فان أولياء القتيل يبدأون فيحلف منهم خمسون رجلا يمينا يمينا أنهم قتلوه عمدا أو خطأ ، فان نقص عددهم ردت الأيمان ، فان لم يكن الا واحد حلف خمسين يمينا واستحقت الدية على سكان تلك الدور ولا يستحق بالقسامة قود أصلا . وان شهد واحد عدل أو جماعة متواترة غير عدول أن فلانا قتل فلانا فتجب القسامة كما ذكرنا والدية أو وجد قتيل فى زحام ، فالقسامة أيضا والدية كما ذكرنا ،

وقال أصحابنا : ان وجد قتيل في دار قوم أعداء له وادعى أولياؤه على واحد منهم حلف خمسون منهم واستحقوا القود أو الدية ولا قسامة الا في مسلم حر أ هـ .

وقد ذهب بعض أهل التأويل الى جعل القسامة ضاربة في دين الله الى أن جعلوه عماد قصة البقرة التي أنزل الله تبارك وتعالى فيها وهو كما يقول أبو محمد : هو من غامض اختراعهم ، ذلك هو قول الله تعالى بعد أمره بني اسرائيل بذبح البقرة (واذ قتلتم نفساً فادارأتم فيهـا والله مخرج ما كنتم تكتمون .. فقلنا اضربوه ببعضها كذلك يحيي الله الموتى) وذكروا مع هذه الآية ما حدثناه أحمد بن عمر بن أنس العذرى عن عبد الله بن الحسين بن عقال الزبيرى حدثنا ابراهيم بن محمد الدينورى حدثنا محمـد بن الجهم حدثنا أبو بكر الوزان على بن عبد الله ـ هو ابن المديني حدثنا يحيى بن سعيد القطان حدثنا ربيعة بن كلثوم حدثنا أبي عن سعيد بن جبير ان ابن عباس قال : ان أهل مدينة من بني اسرائيل وجدوا شيخا قتيلا في أصـل مدينهم فأقبل أهل مدينة أخرى فقالوا : قتلتم صاحبنا وابن أخ له شـاب يبكي ويقول : قتلتم عمى فأتوا موسى عليه السلام فأوحى الله تعالى اليه أن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة فذكر حديث البقرة بطوله قال : فأقبلوا بالبقرة حتى انتهوا بها الى قبر الشيخ وهو بين المدينتين وابن أخيه قائم عند قبره يبكي فذبحوها فضرب ببضعة من لحمها القبر فقام الشيخ ينفض رأسـه ويقـول : قتلني ابن أخي طال عليه عمـرى وأراد أكل مالي ومات ، قال أبو محمد بعد سوقه بعض الروايات التي تتضمن ما سقناه : وكل ما احتجوا به من هذا فايهام وتمويه على المغترين أما الآية فحق وليس فيها شيء مما في هذه الأخبار البتة وانما فيها أن الله تعالى أمر بني اسرائيل بذبح بقـرة صفراء فاقع لونها تسر الناظرين مسـلمة لا شية فيها غير ذلول تثير الأرض ولا تسقي الحرث لا فارض ولا بكر عوان بين ذلك ، وأنهم كانوا قتلوا قتيلا فتدارأوا فيه فأمرهم الله تعـالى أن يضربوه ببعضها اذ ذبحوها « كذلك يحيي الله الموتى ويريكم آياته » وليس في الآية أكثر من هذا لا أن المقتول ادعى على أحد ولا أنه قتل به ولا أنه كانت فيه قسـامة فكل ما أخبر الله

تعالى به فهو حق ، وكل ما أقحموه بآرائهم فى الآية فهو باطل أن يكون لهم فى الآية متعلق أصلا ثم نظرنا فى الأخبار التى ذكرنا فوجدنا كلها مرسلة لا حجة فى شيء منها الا الذى صدرنا به فهو موقوف على ابن عباس ، ولا حجة فى أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم فبطل أن يكون لهم فى شيء منها متعلق ثم لو صحت الأخبار المذكورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكانت كلها لا حجة فيها لوجوه ، أولها أن ذلك حكم كان فى بنى اسرائيل ولا يلزمنا ما كان فيهم كان فيهم السبت وتحريم الشحوم وغير ذلك ، ولا يلزمنا الا ما آمرنا به نبينا عليه السلام قال تعالى (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) وقال صلى الله عليه وسلم « فضلت على الأنبياء بست » فذكر فيها « أن من كان قبله انما كان يبعث الى قومه خاصة وبعث عليه السلام الى الأحمر والأسود » .

فصح يقينا أن موسى عليه السلام وسائر الأنبياء قبل محمد عليه السلام لم يبعثوا الينا فبيقين ندرى أن شرائع من لم يبعث الينا ليست لازمة لنا ، وانما يلزمنا الاقرار بنبوتهم فقط (وثانيها) أنه لا يختلف اثنان من المسلمين فى أنه لا يلزمنا فى شيء من دعوى الدماء ذبح بقرة ، وصح بطلان احتجاجهم بتلك الأخبار اذ ليس فيها أن يسمع من المقتول بعد أن تذبح بقرة ويضرب بها (ثالثها) أن تلك الأخبار فيها معجزة نبى واحالة الطبيعة من احياء ميت فهم يريدون أن نصدق حيا قد حرم الله تعالى علينا تصديقه على غير نفسه ممكنا من الكذب من أجل أن صدق بنو اسرائيل ميتا أحياه الله تعالى بعد موته و هذا ضد القياس بلا شك وضد ما فى هذه الأخبار بلا شك ، والأمر بيننا وبينهم فى المسألة قريب فليرونا مقتولا رد الله تعالى روحه اليه بحضرة نبى أو بغير حضرته ، ويخبرنا بالشيء ونحن حينئذ نصدقه ، وأما أن نصدق حيا يدعى على غيره فهو أبطل الباطل بعينه ، فذكرهم لهذه الآية وهذه الأخبار قبيح ، لو تورع عنهم لكان أسلم ونسأل الله تعالى العافية .

اذا ثبت هذا فان حديث سهل بن أبى حثمة وحديث عمرو بن شعيب عند الشافعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى عليه الا

فى القسامة » يدلان على ثبوت الأيمان فى جنبة ولى المقتول • وحديث سهل فيه ثلاثة أدلة (أحدها) أن النبى صلى الله عليه وسلم بدأ بأيمان الأنصار وهم مدعون (والثانى) أنه علق الاستحقاق بأيمان المدعين ـ وأبو حنيفة يقول : الاستحقاق بأيمان المدعى عليهم (الثالث) أن الأنصار لما امتنعوا من اليمين قال لهم : تبريكم اليهود بخمسين يمينا فأخبر أنهم يبرأون بأيمانهم ، وعند أبى حنيفة لا يبرأون •

فاذا قلنا بقول الشافعى فى الجديد وأقسم الولى وجبت له الدية مغلظة فى مال الجانى ، وان قلنا بقوله القديم فان كان المدعى عليه واحدا أقيد منه ، وان كانت الدعوى على جماعة يصح اشتراكهم فى القتل كالعشرة وما أشبههم وأقسم عليهم الولى فانهم يقتلون ، وبه قال مالك • وحكى الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أن أبا العباس بن سريج قال : اذا حلف الولى على جميعهم اختار منهم واحدا وقتله وأخذ من الباقين حصتهم من الدية وقد مضى ذلك • ووجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للأنصار « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته » فلم يجعل استحقاق القود بالقسامة الا على واحد فدل على أن القود لا يستحق بالقسامة على أكثر من واحد ، والمذهب الأول لأنها حجة يقتل بها الواحد فقتل بها الجميع كالشاهدين •

وأما الخبر فانما أمرهم بتعيين المدعى عليهم للقتل لأن اليهود الذين ادعى عليهم القتل كانوا جماعة لا يتأتى منهم الاشتراك فى القتل • وأما قوله صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم » فيجوز أنه كان له خمسون وليا هكذا أفاده العمرانى فى البيان والله أعلم بالصواب وله الحمد والمنة على كل حال •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان المدعى جماعة ففيه قولان (احدهما) انه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا لان ما حلف به الواحد اذا انفرد حلف به كل واحد

من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى (والقول الثـانى) انه يقسط عليهم الخمسون يمينا على قدر مواريثهم لانه لما قسط عليهم ما يجب بأيمانهم من الدية على قدر مواريثهم وجب أن تقسط الأيمان أيضا على قدر مواريثهم . وان دخلها كسر جبر الكسر ، لأن اليمين الواحد لا تتبعض فكملت ، فان نكل المدعى عن اليمين ردت اليمين على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينـا لقوله عليه السلام ((يبرئكم يهود منهم بخمسين يمينا)) ولأن التغليظ بالعدد لحرمة النفس وذلك يوجد فى يمين المدعى والمدعى عليه ، وان كان المدعى عليه جماعة ففيه قولان (أحدهما) انه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا (والثانى) أن الخمسين تقسط على عددهم (والصحيح) من القولين ههنا أن يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا (والصحيح) من القولين فى المدعين انهم يحلفـون خمسين يمينا والفرق بينهما أن كل واحد من المدعى عليه ينفى عن نفسـه ما ينفيه لو انفرد ، وليس كذلك المدعون فان كل واحد منهم لا يثبت لنفسـه ما يثبته اذا انفرد) .

الشرح قوله : (وان كان المدعى جماعة الخ) فجملة ذلك أنه اذا كان المدعى للقتل فى اللوث واحداً فانه يحلف خمسين يمينا سواء كانت دعواه على واحد أو على جماعة يصح اشتراكهم فى القتل . وان كان المدعى للقتل مع اللوث أكثر من واحد ففيه قولان (أحدهما) يجب ان يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا لأن هذه الأيمان مع اللوث أقيمت مقام البينـة الواحدة مع الشـاهد فى الأموال ، وقد ثبت أن الورثة لو ادعوا مالا على مورثهم وأقاموا شاهدا ــ فان كان كل واحد منهـم يحلف معه يمينـا ــ فكذلك هذا مثله ، ولأن اللوث حجة ضعيفة فغلظت الأيمان معها بالعـدد لكيلا تقدم على اليمين الواحدة . وهذا المعنى موجود اذا ادعى القتـل جماعة (والثانى) أن الخمسين يمينا تقسم بينهم على حصصهم من الدية ، فان حصل فيها كسر جبر الكسر ، وهو الأصح لحديث سهل بن أبى حثمة أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال للأنصـار : ((تحلفون خمسين يمينـا وتستحقون دم صاحبكم)) فأوجب على جماعتهم خمسين يمينـا ، ولأنهـم كلهم يثبتون الدية التى كانت تثبت بالواحد اذا انفرد ، والواحد لا يحلف أكثر من خمسين يمينا فكذلك الجماعة . ويخالف اليمين مع الشاهد فانها لا تتبعض ، وهذه تتبعض . فاذا قلنا : ان كل واحد منهم يحلف خمسين يمينا فلا تفريع ، واذا قلنا : ان كل واحد منهم يحلف على قدر حصته من

الدية وعليه التفريع ــ فان كان المدعى ابنى المقتـــول ــ حلف كل واحد منهما خمسا وعشرين يمينا ، وان كان أولاده ثلاثة حلف كل واحـــد منهم سبع عشرة يمينا ، لأن اليمين لا يمكن تبعضها فيجبر الكسر منها • وان كان أولاده أكثر من خمسين رجلا حلف كل واحد منهم يمينا •

فـــــرع اذا قتل رجل فى موضع اللوث وخلف ابنا وبنتا وقلنا ــ يحلف كل واحد منهما على قدر حصته من الدية ــ خلف الابن أربعا وثلاثين يمينـــا وأخذ ثلثى الدية ، وحلفت البنت ســـبع عشرة يمينا وأخذت ثلث الدية • وان خلف المقتول ابنا وخنثى مشكلا حلف الابن ثلثى الأيمان وهى أربع وثلاثون يمينا لاحتمال أن الخنثى امرأة وأخذ من الدية نصفها لاحتمال أن الخنثى رجل ، وحلف الخنثى نصف الأيمان وهى خمس وعشرون يمينا وأخذ ثلث الدية لاحتمال أن تكون امرأة ، ووقف سدس الدية ، فان بان الخنثى ذكرا دفع ذلك السدس الى الابن وقد حلف عليه • وانما حلف كل واحد منهما أكثر ما يجب عليه من الأيمان وأعطى أقل ما يجب له من الدية لأنه لا يجوز الحكم بالدية بأقل من خمسين يمينا ممن تجب عليه •

فـــــرع اذا خلف المقتول بنتا وولدا خنثى مشكلا حلفت البنت ثلث الأيمان وتعطى ثلث الدية لأنه الواجب عليها ولها فى الحالين ، وتحلف الخنثى ثلثى الأيمان وتعطى ثلث الدية • والذى يقتضى المذهب أن العصبة يحلفون ثلث الأيمان ولا يدفع اليهم شىء •

فـــــرع اذا خلف المقتول ولدين ذكرين وولدا خنثى مشكلا حلف كل ذكر خمسى الأيمان وأعطى ثلث الدية ، وحلف الخنثى ثلث الأيمـــان وأعطى خمس الدية ويوقف من الدية سهمان من خمسة عشر سهما ، فان بان أن الخنثى ذكر دفعها اليه ، وان بان امرأة دفع الى كل ابن سهما •

فـــــرع وان خلف المقتول ابنتين وولدا خنثى مشكلا حلفت كل ابنة ربع الأيمان وأعطيت ثلث الدية ، وحلف الخنثى نصف الأيمان وأعطى ثلث الدية ويحلف العصبة ثلث الأيمان لجواز أن يكون لهم حق فى الدية • فان بان للخنثى ذكرا أخذ الموقوف ، وان بان امرأة أخذ العصبة الموقوف•

فـــرع اذا خلف المقتول بنتا وجدا وخنثى مشكلا لأب وأم أو لأب حلف كل واحد منهم على أكثر من نصـيبه ، وأعطى أقله من الدية ويوقف الباقى . فتحلف البنت نصف الأيمـان وتأخذ نصف الدية وذلك أكثر ما يجب لها وعليها . ويحلف الجد ثلث الأيمان ويأخذ ربع الدية ، ويحلف الخنثى المشكل ربع الأيمان ويأخذ سـدس الدية ويوقف نصف سدس الدية فان بان الخنثى ذكرا دفع اليه ذلك وان بان امرأة دفع الى الجد .

فـــرع اذا خلف المقتول جدا وأختا لأب وأم وخنثى مشكلا لأب فان الجد يحلف نصف الأيمان ويأخذ خمس الدية لجواز أن تكون الخنثى رجلا ، وتحلف الأخت الأيمان وتأخذ نصف الدية لأنها تستحق ذلك بكل حال ، وتحلف الخنثى عشر الأيمان لجواز أن تكون رجلا فيستحق عشر الدية فيوقف العشر ولا يدفع اليه فان بان الخنثى رجلا أخذه ، وان بان امرأة أخذه الجد .

فـــرع اذا خلف المقتول جدا وأختا لأب وأم وخنثى مشـكلا لأب وأم فان الجد يحلف نصف الأيمان ويأخذ خمس الدية وتحلف الأخت ربع الأيمان وتأخذ خمس الدية ، وتحلف الخنثى خمس الأيمان وتأخذ ربع الدية ، وتصح من عشرين للجد ثمـانية وللأخت أربعة وللخنثى خمسـة وتوقف ثلاثة أسهم سهمان يترددان بين الجد والخنثى ، وسهم بين الأخت والخنثى ، فان بان الخنثى رجلا أخذ الثلاثة ، وان بان امرأة أخذ الجد من الثلاثة سهمين ، وأخذت الأخت سهما . قال القاضى أبو الطيب : فان طلب الجد والخنثى أن يصطلحا على سهمين من الثلاثة الموقوفة قبـل أن يتبين حال الخنثى جاز ، وسواء اصطلحا عليهـا على التساوى أو على التفاضـل بشرط أن يكون السهم الباقى للأخت لأنه لا يجوز للحاكم أن يطلق لهمـا التصرف فى بعض الموقوف والمشارك لم يتعين حقه ، ولا يجوز أن يصطلحا على أكثر من سهمين لجواز أن يكون السهم للأخت ، وهذا كما قال الشافعى رضى الله عنه . اذا أسلم وتحته نسوة فأسلمن معه ومات قبل أن يختـار أربعا منهن فانه يوقف لهن ميراث زوجة ، فان جاء منها أربع يطلبن الميراث

لم يدفع اليهن شيء ، وان جاء خمس يطلبن الميراث دفع اليهن ربع الميراث بشرط أن يكون الباقي للثلاث الباقيات • قال ابن الصباغ : وفي هذا نظر ، لأن ما اصطلحا عليه لا حق للأخت فيه فلا يلزمها اسقاط حق الخنثى من السهم الذى يحتمل أن يكون للخنثى ، ويحتمل أن يكون للأخت • وهكذا ذكر في ميراث الزوجات • وارجع الى الفرائض في الجزء الخامس عشر والله ولي التوفيق •

فـــرع وان خلف المقتول جدا وأخا لأب وأم وأخا لأب فان الأخ للأب والأم مع الجد يحجبان الأخ للأب ، ولا يستحق الأخ للأب شيئا من الدية بحال ، فيحلف الجد ثلث الأيمـان ويأخذ ثلث الدية ، ويحلف الأخ للأب والأم ثلثى الأيمان ويأخذ ثلثى الدية •

فـــرع وان خلف المقتول جدا وخنثيين مشكلين أحدهمـا لأب وأم والثـانى لأب فان الجد يحتمل أن يستحق نصف الدية ، بأن يكون الخنثيـان امرأتين ويحتمل أن يستحق ثلث الدية ، وهـو اذا بانا رجلين ويحتمل أن يستحق خمس الدية وهو اذا بان أحدهما ذكرا والآخر امرأة فيحلف الجد أكثر ما يجب عليه وهو نصف الأيمان ويدفع اليه من الدية أقل ما يستحقه وهو ثلث الدية ، وأما الخنثيـان فيحتمل أن تكونا رجلين فيستحق الأخ للأب والأم ثلثى الدية ولا شيء للأخ للأب ، ويحتمـل أن يكونا امـرأتين فيكـون للأخت للأب والأم نصف الدية ولا شيء للأخت للأب ، ويحتمل أن يكون الذى للأب والأم رجلا والذى للأب رجلا فيكون للأخت للأب والأم نصف الدية والأخ للأب عشر الدية • فاذا تقرر هذا فان الخنثى للأب والأم يحلف ثلثى الأيمـان لأن ذلك أكثر ما يجب عليـه من الأيمـان ويدفع اليه نصف الدية ، لأن ذلك أقل ما يسـتحقه من الدية ، ويحلف الخنثى للأب عشر الأيمان لجواز أن يكون له عشر الدية ولا يدفع اليه شيء لجواز ألا يستحقها ، وتصح المسألة من ثلاثين فيدفع الى الجـد عشرة والى الذى للأب والأم خمسـة عشر ويوقف خمسـة أسهم سهمان مترددان بين الجد والخنثى الذى للأب والأم وثلاثة مترددة بينهم جميعا •

فان بان الخنثيان رجلين دفعت الخمسة الى الأخ للأب والام وان بانا امرأتين دفعت الخمسة الى الجد ، وان بان الذى للأب والأم رجلا والذى للاب امرأة دفع لى الأخ للأب والأم ثلاثة أسهم وهى تمام ثلاثة أخماس ، والى الجد سهمان تمام الخمسين ، وان بان الذى للأب والأم امرأة والذى للأب رجلا دفع الى الجد سهمان والى الأخ للأب ثلاثة أسهم ، فان ارادا ــ يعنى الجد والخنثى للأب والأم ــ أن يصطلحا على سهمين من خمسة الأسهم قبل أن يتبين الحال جاز لما ذكرناه •

فــرع اذا قتل رجل وهناك لوث وخلف ثلاثة أولاد فمات واحد منهم وخلف اثنين ــ فان مات قبل أن يقسم فان ابنيه يقسمان ــ فان قلنا : ان كل واحد منهم يقسم خمسين يمينا أقسموا ، وان قلنا ان كل واحد منهم يقسم على قدر حصته من الدية فان كل واحد من بنى المقتول يحلف ثلث الأيمان ويجبر الكسر ، ويحلف كل واحد من ابنى ابنه سدس الأيمان ويجبر الكسر وان مات الابن بعد ما أقسم بعض الأيمان لم يجز لابنيه أن يبنيا على أيمانه ، بل يستأنفان الأيمان فى القسامة كاليمين الواحدة فلا يجوز البناء عليها من اثنين ، وان أقسم رجل بعض الأيمان ثم جن أو أغمى عليه لم يصح اقسامه فى الجنون والاغماء لأنه غير مكلف فاذا أفاق بنى على أيمانه لأن فعل الواحد يبنى بعضه على بعض •

ونمضى فى خوض مسائل القسامة مما لم يتعرض له المصنف ولا غيره من أصحاب المصنفات المطولة ونعده من محض واجبنا فنقول : اذا أراد الولى أن يقسم فانه يستحب للحاكم أن يعظه ويقول له : اتق الله ولا تقدم على الأيمان على أمر وربما كان الأمر على خلاف ما ادعيت ويقرأ عليه قوله تعالى (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا) الآية • ويعرفه ما فى اليمين الغموس من الاثم كما يستحب له أن يعظ الزوجين عند اللعان ، فان لم ينزجر عن الأيمان وطلب أن يحلف فان الحاكم يحلفه على ما يأتى بيانه • وان نكل الولى عن الأيمان فان الأيمان تصير فى جنبة المدعى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم للأنصار حين امتنعوا من اليمين « فتبرئكم اليهود بخمسين يمينا » فان كان المدعى عليه واحدا حلف خمسين امينا ، وان كانوا

اكثر من واحد ففيه قولان (أحدهما) يقسم عليهم الخمسون يمينا على عدد رءوسهم فان كان فيها كسر جبر الكسر لقوله صلى الله عليه وسلم « تبريكم يهود بخمسين يمينا » (والثانى) يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا وهو الأصح ، لأن كل واحد منهم ينفى عن نفسه ما ينفى عن نفسه اذا كانت الدعوى عليه وحده ، والخبر محمول على أن كل متهم ممن ادعيتم عليهم القتل يحلف لكم خمسين يمينا بخلاف الأولياء حيث قلنا : ان الصحيح أن الخمسين تقسم عليهم على قدر مواريثهم ، لأن كل واحد منهم لا يثبت لنفسه اذا كان معه وارث غيره ما يثبته لها اذا انفرد بالأرث ، فان نكل المدعى عليه عن اليمين فى هذه الحال فهل ترد اليمين على المدعى ثانيا — قلنا ان أيمان المدعى ابتداء توجب المال دون القود فان الأيمان ها هنا ترد على الولى قولا واحدا اذا كان القتل يوجب القود ، ويجب به القود لأن الأيمان للولى ها هنا كبينة يقيمها على القتل فى أحد القولين ، أو كاقرار المدعى عليه فى الثانى والقود يثبت بالجميع • وان قلنا : ان أيمان الولى ابتداء توجب القود أو كانت الدعوى بقتل لا يوجب القود فهل ترد عليه الأيمان ؟ فيه قولان (أحدهما) لا ترد عليه لأن الأيمان كانت فى جنبته وقد أسقطها بالنكول عنها ، فلم ترد عليه كالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فردت على المدعى فنكل فانها لا ترد على المدعى عليه (والثانى) ترد عليه وهو الأصح ، لأن سبب هذه الأيمان غير سبب تلك الأيمان ، لأن لسبب تلك قوة جنب الولى باللوث وتسبب هذه قوة جنبته بنكول المدعى عليه والله أعلم •

فرع فى مذاهب العلماء : عن أحمد رضى الله عنه روايتان فى عدد الأيمان كالقولين عندنا ، ويذهب ابن قدامة الى ترجيح الواحدة من وجهين (أحدهما) أنه وحد اليمين فينصرف الى واحدة وذلك فى قوله صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » (والثانى) أنه لم يفرق فى اليمين المشروعة فيدل على التسوية بين المشروعة فى الدم والمال ، ولأنها يمين يعضدها الظاهر والأصل فلم تغلظ كسائر الأيمان ولأنها يمين مشروعة فى جنبة المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالتكرير كسائر الأيمان ، ولهذا فارق ما ذكروه ، فان نكل المدعى عليه من اليمين لم يجب القصاص

بغير خلاف فى المذهب ــ ويذهب الحنابلة الى الاستدلال على مذهبهم بأن القتل لم يثبت ببينة ولا اقرار ولم يعضده لوث فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل ، ولا يصح الحاق الأيمان مع النكول ببينة ولا اقرار لأنها أضعف منها ، بدليل أنه لا يشرع الا عند عدمهما فيكون بدلا عنهما ، والبدل أضعف من المبدل ، ولا يلزم من ثبوت الحكم بالأقوى ثبوته بالأضعف ، ولا يلزم من وجوب الدية وجوب القصاص لأنه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال بالشاهد واليمين ويحتاط له ويدرأ بالشبهات والدية بخلافه • فأما الدية فتثبت بالنكول عند من يثبت المال به أو ترد اليمين على المدعى فيحلف يمينا واحدة ويستحقها كما لو كانت الدعوى فى مال اهـ •

وقال أبو محمد بن حزم رحمه الله فى المحلى : اختلف الناس فى هـذا فقالت طائفة : لا يحلف الا خمسون فان نقص من هذا العدد واحد فأكثر بطل حكم القسامة وعاد الأمر الى التداعى ، وقال آخرون : ان نقص واحد فصاعدا ردت الأيمان عليهم حتى يبلغوا اثنين ، فان كان الأولياء اثنين فقط بطلت القسامة فى العمد وأما فى الخطأ فيحلف فيه واحد وخمسون ، وهو قول روى عن علماء أهل المدينة المتقـدمين منهم وقال آخرون : ان نقص واحد فصاعدا ردت الأيمان عليهم حتى يرجعوا الى واحد ، فان لم يكن للمقتول الا ولى واحد بطلت القسامة وعاد الحكم الى التداعى وهذا قول مالك • وقال آخرون : تردد الأيمان وان لم يكن الا واحـد فانه يحلف خمسين يمينا وحده ، وهو قول الشافعى ، وهكذا قالوا فى أيمـان المدعى عليهم انها تردد عليهم « وان لم يبق الا واحد ويجبر الكسر عليهم ، فمـا اختلفوا وجب أن تنظر فوجدنا من قال بترديد الأيمان من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز أن فى كتاب لعمر بن عبد العزيز « أن النبى صلى الله عليـه وسلم قضى فى الأيمـان أن يحلف الأولياء ، فان لم يكن عدد عصبته تبلغ خمسين ردت الأيمان عليهم بالغـا ما بلغوا » ومن طريق ابن وهب أخبرنى محمد بن عمر وعن ابن جريج عن عمرو بن شعيب : قال : « قضى رسـول الله صلى الله عليه وسلم بخمسين يمينا ثم يحق دم المقتول اذا حلف عليه ثم يقتل قاتله أو تؤخذ ديته ويحلف

عليه أولياؤه من كانوا قليلا أو كثيرا فمن ترك منهم اليمين ثبت على من بقى ممن يحلف ، وان نكلوا كلهم حلف المدعى عليهم خمسين يمينا ما قتلناه ثم يطل دمه ، وان نكلوا كلهم عقله المدعى عليهم ولا يطل دم مسلم اذا ادعى الا بخمسين يمينا •

وهذا لا شيء لأنهما مرسلان والمرسل لا تقوم به حجة ، أما حديث عمر بن عبد العزيز ففيه أن يحلف الأولياء وهذا لا يقول به الحنفيون فان تعلق به المالكيون والشافعيون قيل للمالكيين : هو أيضا حجة عليهم لأنه ليس فيه ألا يحلف الا اثنان وأيضا فليس هو بأولى من المرسل الذى بعده من طريق ابن وهب وهو مخالف لقول جميعهم ، لأن فيه : ان نكل الفريقان عقله المدعى عليهم ولا يقول به مالكى ولا شافعى ، وفيه القود بالقسامة ، ولا يقول به حنفى ولا شافعى وفيه ترديد الأيمان جملة دون تخصيص أن يكونا اثنين كما يقول مالك قال أبو محمد : وأيضا فان القائلين بترديد الأيمان فى القسامة قد اختلفوا فى الترديد فروينا عن عمر أنه ردد الأيمان عليهم الأول فالأول معناه كأنهم كانوا أربعين يمينا فبقيت عشرة أيمان فحلف العشرة الذين حلفوا أولا فقط ، وروى غير ذلك ، وأنها تردد على الاثنين فالاثنين كما روينا عن طريق ابن وهب قال : قال ابن سمعان : سمعت من أدركت من علمائنا يقولون فى القسامة تكون فى الخطأ على الوارث فان لم يكن للمقتول خطأ الا وارث واحد حلف خمسين يمينا مرددة ثم يدفع اليه الدية ، فان كانوا ابنين أو أخوين ليس له غيرهما فطاع أحدهما بالقسامة وأبى الآخر فعلى الذى طاع بالقسامة خمسة وعشرون مرددة عليه ، ثم يدفع اليه نصف الدية وليس للآخر شيء ، فان كان الورثة ثلاثة رهط كانت القسامة عليهم أثلاثا ، فان لم تتفق الأيمان عليهم جعل الفضل عن الاثنين فالاثنين وان القسامة على الورثة بقدر الميراث ، وقد ذكرنا بالاسناد المتصل عن سعيد بن المسيب والزهرى أن ترديد الأيمان فى القسامة لا يجوز ، وأنه أمر حدث لم يكن قبل ، وأن أول من ردد الأيمان معاوية فى القسامة وقد جاء فى هذا خبر مرسل لو وجدوا مثله لطاروا به • فصح أن لا قسامة الا بخمسين يحلفون أن فلانا قتل صاحبنا عمدا أو خطأ كيفما علموا من ذلك ،

فان نقص منهم واحد فصاعدا بطلت القسامة وعاد الأمر الى حكم التداعى ويحلفون فى مجلس الحاكم وهم قعود حيث كانت وجوبهم بالله تعالى فقط لا يكلفون زيادة على اسم الله تعالى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » ولا فرق بين زيادة الذى لا اله الا هو وزيادة الملك القدوس السلام المؤمن المهيمن العزيز الجبار المتكبر وكل هذا حكم لم يأت به عن الله تعالى نص ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عن أحـد من الصحابة رضى الله عنهم ولا أوجبـه قياس ولا نظر وكذلك لا يكلفون الوقوف عند أحكام لم يأت بها نص قرآن ولا سنة لا صحيحة ولا سقيمة ولا قول صاحب ولا اجماع ولا قياس ولا نظر . فان قالوا : هو تهيب ليرتدع الكاذب ، قيل له : وهو تشهير ، وان أردتم التهييب فأصعدوه المنار أو ارفعوه على المنار أو شـدوا وسـطه بحبل وجروه فى سراويل ، وكل هذا لا معنى له ، ولا معنى لأن يحلف فى الجامع الا ان كان مجلس الحاكم فيه ، أو لم يكن فيه على المحلف كلفة حركة لأنه لم يأمر الله تعـالى بذلك ولا رسوله ولا أحد من الصحابة ، وانما جاء ذلك عن عمر بن الخطاب ومعاوية أن عمر جلب المدعى عليهم فى القسـامة من اليمين الى مكة ومن الكوفة الى مكة ليحلفوا فيها ، وعن معاوية ثابت أنه حملهم من المدينة الى مكة للتحليف فى الحطيم أو بين الركن والمقـام ، والمـالكيون والحنفيون والشافعيون مخالفون لهما رضى الله عنهما فى ذلك وهم الآن يحتجون علينـا بهما فى الترديد الذى قد خالفوهما أيضا فيه نفسه ثم يجمع ابن حزم أحكام القسامة هكذا :

اذا جد قتيل فى دار قوم أو فى صحراء أو مسجد أو فى سـوق أو فى داره أو حيث يوجد ، فادعى أولياؤه على واحد أو على جماعة من أهل تلك الدار أو من غيرهم وأمكن أن يكون ما قالوه وادعوه حقا ، ولم يتيقن كذبهم فى ذلك لأنهم يحلفون خمسين بالغا عاقلا من رجل وامرأة من عصبة المقتول لا نبالى ورثة أو غير ورثة بالله تعـالى أن فلانا قتله أو أن فلانا وفلانا وفلانا اشتركوا فى قتله ، ثم لهم القود أو الدية أو المفاداة ، فان أبوا أن يحلفوا وقالوا : لا ندرى من قتله بعينه حلف من أهل تلك المحلة خمسون كذلك أو

من أهل تلك القبيلة يقول كل حالف منهم : بالله ما قتلت ولا يكلف أكثر ويبرون ، فان نكلوا أجبروا كلهم على اليمين أحبوا أم كرهوا حتى يحلف خمسون منهم كما قلنا ، ولا يجوز أن يكلفوا أن يقولوا : ولا علمنا قاتلا ، لأن علم المرء بمن قتل فلانا انما هى شهادة فان أداها أدى ما عليه ، فان قبل فذلك وان لم يقبل فلا حرج عليه • ولا يجوز أن يحلف أحد على شهادة عنده ليؤديها بلا خلاف فان نقص عصبة المقتول واحدا فأكثر من خمسين أو وجد القتيل وفيه حياة أو لم يرض الخمسون أن يحلفوا ولا رضوا بأيمان المدعى عليهم فقد بطلت القسامة ، فأما فى نقصان العدد من خمسين وفى وجود القتيل حيا فليس فى هذا الا حكم الدعوى ، ويحلف المدعى عليه واحدا كان أو أكثر يمينا واحدة فقط ، فان نكل أو نكلوا أجبروا على الأيمان أحبوا أم كرهوا ، وهكذا ان نقص عدد أهل المحلة المدعى عليهم فلا قسامة أصلا ، وكذلك ان لم يحقق أولياء المقتول دعواهم وعصبته فان الحكم فى ذلك واحد ، وهو أن لابد أن يودى المقتول حرا كان أو عبدا من بيت مال المسلمين أو من سهم الغارمين من الصدقات كما أمر الله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله) وكما قال النبى صلى الله عليه وسلم « من قتل له بعد مقالتى هذه قتيل فأهله بين خيرتين اما أن يقاد أو أن يعقل » •

وبقى فى القسامة خبر نورده ان شاء الله تعالى لئلا يغتر به مغتر بجهل ضعفه ، أو بظن كان أنه أغفل ولم يذكر فيكون نقصا من حكم السنة فى القسامة ، وهو كما حدثناه عبد الله بن ربيع حدثنا ابن مفرج حدثنا قاسم بن أصبغ حدثنا ابن وضاح حدثنا سحنون نا ابن وهب قال : سمعت ابن سمعان يقول : أخبرنى ابن شهاب عن عبد الله بن موهب عن قبيصة بن ذؤيب الكعبى أنه قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية فلقوا المشركين باضم أو قريبا منه فهزم المشركون وغشى محلم بن جثامة الليثى بن عامر بن الأضبط الأشجعى فلما لحقه قال عامر أشهد أن لا اله الا الله فلم ينته عنه لكلمته حتى قتله ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل الى محلم فقال : أقتلته ؟ بعد أن قال لا اله الا الله ؟ فقال : يا رسول

الله ان كان قالها فانما تعوذ بها وهو كافر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فهلا ثقبت عن قلبه » يريد بذلك ـ والله أعلم ـ انما يعرب اللسان عن القلب ، وأقبل عيينة بن بدر فى قومه حمية وغضبا لقيس فقال : يا رسول الله قتل صاحبنا وهو مؤمن فأقدنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون بالله خمسين يمينا على خمسين [1] رجلا منكم ان كان صاحبكم قتل وهو مؤمن قد سمع ايمانه ففعلوا فلما حلفوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعفوا عنه واقبلوا الدية ، فقال عيينة بن حصن [2] : انا نستحى أن تسمع العرب أنا أكلنا ثمن صاحبنا فواثبه الأقرع بن حابس التميمى فى قومه غضبا وحمية لخندف فقال لعيينة بن حصن بماذا استطلتم دم هذا الرجل فقال : أقسم منا خمسون رجلا أن صاحبنا قتل وهو مؤمن فقال الأقرع فسألكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعفوا عن قتله وتقبلوا الدية فأبيتم فأقسم بالله ليقبلن من رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى دعاكم اليه أو لآتين بمائة من بنى تميم فيقسمون بالله لقد قتل صاحبكم وهو كافر ، فقالوا عند ذلك : على رسلك بل نقبل ما دعانا اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله نقبل الذى دعوتنا اليه من الدية فدية أبيك عبد الله بن عبد المطلب فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائة من الابل » قال أبو محمد : فهذا خبر لا ينسند ألبتة من طريق يعتد بها،وانفرد به ابن سمعان وهو مذكور بالكذب بذكر قسامة خمسين على أنه قتل مسلما ، وهو أيضا مرسل ، ولو صح لقلنا به فاذا لم يصح فلا يجوز الأخذ به وبالله تعالى التوفيق أ هـ كلام أبى محمد بن حزم .

---

(١) فى المحلى (خمسين رجلا منكم) .
(٢) هو عيينة بن حصن بن حذيفة بن بدر الغفارى اسلم بعد الفتح وهو من المؤلفة قلوبهم وكان من جفاة الأعراب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل فاما اذا لم يكن لوث ولا شاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « لو ان الناس اعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأن اليمين انما جعلت فى جنبة المدعى عند اللوث لقوة جنبته باللوث فاذا عدم اللوث حصلت القوة فى جنبة المدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته وعدم القتل ، فعادت اليمين اليه . وهل تغلظ بالعدد ؟ فيه قولان (احدهما) انهما لا تغلظ بل يحلف يمينا واحدة وهو اختيار المزنى لأنها يمين توجهت على المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالعدد كما فى سائر الدعاوى (والثـانى) انها تغلظ فيحلف خمسين يمينا وهو الصحيح لأن التغليظ بالعدد لحرمة الدم ، وذلك موجود مع عدم اللوث . فان قلنا : انها يمين واحدة فان كان للمدعى عليه جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة ، فان نكلوا ردت اليمين على المدعى ، فان كان واحدا حلف يمينا واحدة ، وان كانوا جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة . وان قلنا : يغلظ بالعدد وكان المدعى عليه واحدا حلف خمسين يمينـا وان كانوا جماعة ففى القولين (احدهما) انه يحلف كل واحـد خمسين يمينـا (والثانى) انه يقسط على عدد رءوسهم فان نكلوا ردت اليمين على المدعى ، فان كان واحـدا حلف خمسين يمينـا ، وان كانوا جمـاعة ففى القولين (احدهما) انه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينـا (والثانى) انه يقسط عليهم خمسون يمينا على قدر مواريثهم من الدية ، وان نكل المدعى عليه فحلف المدعى وقضى له ، فان كان فى قتل يوجب المال قضى له بالدية ، وان كان فى قتل يوجب القصاص وجب القصـاص قولا واحدا لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة فى احد القولين ، وكالاقرار فى القول الآخر ، والقصـاص يجب بكل واحد منهما) .

الشرح حديث «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم » فى الصحيحين عن ابن عباس .

أما الأحكام اذا ادعى القتل فى موضع لا لوث فيه ولا بينة مع المدعى فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه » ولأن الأيمان انما ثبتت فى جنبة المدعى أولا مع اللوث لقوة جنبته باللوث ، فاذا لم يكن هناك لوث كانت جنبة المدعى عليه أقوى ، لأن

الأصل براءة ذمته . فكانت الأيمان فى جنبته ابتداء ، وهل تغلظ عليه الأيمان بالعدد ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يغلظ عليه بل يحلف يمينا واحدة وهو اختيار المزنى لأنها يمين توجهت فى جنبة المدعى عليه ابتداء ، فكانت يمينا واحدة كاليمين فى سائر الدعاوى ، ولأن التغليظ فى العدد بالأيمان انما وجب فى حق المدعى لأجل اللوث ، فاذا لم يكن هنالك لوث سقط التغليظ (والثانى) يغلظ بالعدد وهو الأصح ، لأن الأيمان انما تغلظ بالعدد فى القتل لحرمة النفس ، وهذا موجود فى الأيمان اذا توجهت فى جنبة المدعى عليه ابتداء ، والقول الأول : انها انما غلظت على المدعى لأجل اللوث غير صحيح لأن اللوث معنى تقوى به جنبة المدعى وما قويت به جنبته يجب أن يقع فيه التخفيف عليه ، لا التغليظ . فان قلنا : لا تغلظ الأيمان بالعدد على المدعى عليه ، فان كان واحدا حلف يمينا واحدة ، فان كانوا جماعة حلف كل واحد يمينا ، وان نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على الولى ، فان كان واحدا حلف يمينا واحدة ، وان كانوا جماعة حلف كل واحد يمينا . وان قلنا : تغلظ الأيمان بالعدد على المدعى عليه — فان كان واحدا — حلف خمسين يمينا . وان قلنا : تغلظ الأيمان بالعدد على المدعى عليه — فان كان واحدا — حلف خمسين يمينا ، وان كانوا جماعة فهل يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا أو يقسم الخمسون بينهم على عدد رءوسهم ويجبر الكسر ؟ فيه قولان مضى ذكرهما (الصحيح) ها هنا أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا . وان نكل المدعى عليه عن الأيمان ردت على الولى ، فان كان واحدا حلف خمسين يمينا ، وان كانوا جماعة فهل يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا أو تقسم الخمسون يمينا بينهم على قدر مواريثهم ويجبر الكسر ؟ فيه قولان مضى ذكرهما أيضا (الصحيح) ها هنا يحلف كل واحد منهم على قدر ميراثه من الدية ، فاذا حلف الولى عند نكول المدعى عليه — فان كانت الدعوى فى قتل العمد — وجب القصاص له قولا واحدا ، لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة فى أحد القولين وكالاقرار فى الآخر ، والقصاص يثبت بكل واحد منهما ، وان كانت الدعوى من قبل الخطأ أو عمد الخطأ وجبت الدية ، وهل تحملها العاقلة ؟ قال القفال : ان قلنا : ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة كانت على عاقلة المدعى عليه ،

وان قلنا : انها كاقرار المدعى عليه كانت فى ماله ، لأن العاقلة لا تحمل ما يثبت بالاقرار ، ومن أصحابنا من قال : يجب فى مال المدعى عليه قولا واحدا ، لأنها انما تكون كالبينة فى حق المتداعين لا فى حق غيرهما .

فرع فى مذاهب العلماء : قلنا اذا ادعى القتل فى موضع لا لوث فيه ولا بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه . ونقول ان فى هذا عن أحمد روايتين (احداهما) لا يحلف المدعى عليه ولا يحكم عليه بشىء ويخلى سبيله ، هذا هو الذى ذكره الخرقى فى متنه وسواء كانت الدعوى خطأ أو عمدا لأنها دعوى فيما لا يجوز بذله فلم يستحلف فيه كالحدود ، ولأنه لا يقضى فى هذه الدعوى بالنكول فلم يستحلف فيها كالحدود .

(الرواية الثانية) يستحلف وهو الصحيح ، وهو قول الشافعى رحمه الله ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » قال ابن قدامة : ظاهر فى ايجاب اليمين ههنا لوجهين (أحدهما) عموم اللفظ فيه (والثانى) أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكره فى صدر الخبر بقوله « لادعى قوم الى قوله : ولكن اليمين على المدعى عليه » فيعود الى المدعى عليه المذكور فى الحديث ولا يجوز اخراجه منه الا بدليل أقوى منه ، ولأنها دعوى فى حق آدمى فيستحلف فيها كدعوى المال ، ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالأصل المذكور اهـ أما عدد الأيمان فقد سبق ما نقلناه من كلام ابن حزم رحمه الله وفى مذهب أحمد يشرع يمين واحدة ويروى عنه خمسون يمينا كما لو كان بينهم لوث والروايتان عن أحمد كالقولين للشافعى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان ادعى القتل على اثنين وعلى احدهما لوث دون الآخر حلف المدعى على صاحب اللوث لوجود اللوث وحلف الذى لا لوث عليه لعدم اللوث ، وان ادعى القتل على جماعة لا يصح اشتراكهم على القتل لم تسمع

دعواه لأنها دعوى محال . وان ادعى القتل على ثلاثة وهناك لوث فحضر منهم واحد وغاب اثنان وأنكر الحاضر حلف المدعى خمسين يمينا فان حضر الثاني وانكر ففيه وجهان (احدهما) انه يحلف عليه خمسين يمينا لأنهما لو حضرا ذكر كل واحد منهما في يمينه ، فاذا انفرد وجب ان يكرر ذكره (والوجه الثاني) انه يحلف خمسا وعشرين يمينا لأنهما لو حضرا حلف عليهما خمسين يمينا فاذا انفرد وجب ان يحلف عليه نصف الخمسين ، فان حضر الثالث وانكر ففيه وجهان (احدهما) انه يحلف عليه خمسين يمينا (والثاني) انه يحلف عليه ثلث خمسين يمينا ويجبر الكسر فيحلف سبع عشرة يمينا ، وان قال : قتله هذا عمدا ولا اعلم كيف قتله الآخران اقسم على الحاضر ووقف الأمر الى ان يحضر الآخران ، فان حضرا واقرا بالعمد ففي القود قولان ، وان اقر بالخطأ وجب على الأول ثلث الدية مغلظة ، وعلى كل واحد من الآخرين ثلث الدية مخففة . وان انكر القتل ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يحلف لأنه لا يعلم ما يحلف عليه ولا يعلم الحاكم ما يحكم به (والثاني) وهو قول ابي اسحق أنه يحلف لأن جهله بصفة القتل ليس بجهل باصل القتل ، فاذا حلف حبسا حتى يصفا القتل ، وان قال قتله هذا ونفر لا اعلم عددهم ـ فان قلنا : انه لا يجب القود ـ لم يقسم على الحاضر لأنه لا يعلم ما يخصه ، وان قلنا : انه يجب القود ففيه وجهان (احدهما) انه يقسم لأن الجماعة تقتل بالواحد فلم يضر الجهل بعددهم (والثاني) وهو قول ابي اسحق : انه لا يقسم لأنه ربما عفا عن القود على الدية ولا يعلم ما يخصه منها) .

الشرح اذا كانت الدعوى في القتل على اثنين وعلى أحدهما لوث دون الآخر حلف الولي على الذي عليه اللوث خمسين يمينا ، لأن القسامة لا يحكم بها بأقل من خمسين يمينا ، فان كانت الدعوى في قتل العمد وجب له عليه القود في قوله القديم ونصف الدية على الجديد ، ويحلف الذي لا لوث عليه على ما مضى .

فـــرع اذا ادعى القتل على جماعة لا يصح اشتراكهم في القتل كأهل بلد أو أهل قرية كبيرة لم تسمع الدعوى وقال أبو حنيفة : تسمع دليلنا أن هذا دعوى محال فلم تسمع كما لو ادعى على رجل أنه قتل وليه والمدعى عليه ولد بعد قتل مورثه .

فـــرع اذا قال الولي لجماعة : أنا أعلم أن القاتل أحد هؤلاء ولا أعلم من هو منهم لم تسمع هذه الدعوى لأن تعيين المدعى عليه شرط قال

المسعودي : وان قال لجماعة : أنتم القاتلون أو بعضكم ولا أتحقق القاتل منكم ولكن يحلف كل واحد منكم فهل له ذلك ؟ فيه وجهان •

فرع اذا ادعى رجل على رجل أنه قتل وليه عمدا محضا — وهناك لوث — وأقسم الولي ، فقد ذكرنا أنه هل يجب على المدعى عليه القود أو الدية ؟ على القولين ، وان ادعى علمه أنه قتله خطأ وأنكر فأقسم المدعى وجبت له الدية مخففة على عاقلة المدعى عليه • وان ادعى أنه قتله عمدا خطأ وأنكر المدعى عليه فأقسم الولي وجبت له دية مغلظة على عاقلة المدعى عليه•

فرع وان قال الولي : قتله هذا ومعه غيره ففيه أربع مسائل (احداهن) أن يقول : قتله هذا وآخران معه عمدا الا أن شريكيه غائبان فان الولي يقسم على الحاضر خمسين يمينا لأنه لا يجوز استفتاح الحاكم بالقسامة بأقل من خمسين يمينا ، فاذا حلف عليه استحق عليه القود على قوله القديم ، واستحق ثلث الدية مغلظة على القول الجديد فى مال الجاني • فاذا حضر أحد الغائبين فأنكر القتل أقسم عليه الولي ، وكم يجب أن يحلف عليه ؟ حكى الشيخان أبو حامد وأبو اسحق فيها وجهين ، وحكاهما ابن الصباغ قولين (أحدهما) يحلف عليه خمسا وعشرين يمينا لأنه لو حضر مع الأول لأقسم عليهما خمسين يمينا فدل على أن لكل واحد منهما نصف الخمسين (والثاني) لا يجزيه الا خمسون يمينا وهو الأصح ، لأن الأيمان الأولى لم تتناول الثاني ، فيجب أن يذكره لأنه لا يجوز الحكم فى القسامة بأقل من خمسين يمينا • ويخالف اذا حضر الثاني مع الأول فانه قد أقسم عليه خمسين يمينا ، فاذا أقسم على الثاني استحق عليه القود فى قوله القديم ، وثلث الدية مغلظة فى ماله فى قوله الجديد • فاذا حضر الثالث وأنكر القتل فهل يقسم عليه خمسين يمينا أو ثلث الخمسين ويجبر الكسر ؟ على الوجهين فى الثاني ، فاذا أقسم عليه استحق عليه ما يستحق على الثاني

(المسألة الثانية) اذا قال : قتله هذا عمدا وآخران معه خطأ فانه يقسم على الحاضر خمسين يمينا ولا يستحق عليه القود قولا واحدا ، لأن شريكه

أقسم عليه ، وهل يقسم عليه خمسين يمينا أو نصفها ؟ على الوجهين فى التى قبلها ، فاذا أقسم استحق ثلث دية مخففة على عاقلته ، فاذا حضر الثالث وأنكر القتل فهل يقسم عليه خمسين يمينا أو ثلثها ؟ على الوجهين فاذا أقسم استحق على عاقلته ثلث دية مخففة .

(المسألة الثالثة) اذا قال : قتله هذا عمدا وآخران معه لا أدرى كيف قتلاه ، فأنه يقسم على الحاضر خمسين يمينا ويستحق ثلث ديته مغلظة فى ماله فى قوله الجديد . وأما على القول القديم فيوقف الأمر الى أن يقدم الغائبان ، فاذا حضرا واعترفا بقتل الخطأ وجب فى مال كل واحد منهما ثلث دية مخففة ، وعلى الأول ثلث دية مظلغة قولا واحدا .

فـــرع وأن اعترفا بعمد الخطأ وجب فى مال واحد منهما ثلث دية مغلظة ، وان اعترف أحدهما بقتل عمد الخطأ والآخر بقتل الخطأ أعتبر حكم كل واحد منهم فى نفسه فى تغليظ الدية وتخفيفها ، وان أنكر القتل فهل يجوز للولى أن يقسم عليهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أن يقسم عليهما لأنه اذا أقسم عليهما لم يعلم الحاكم ما يحكم به عليهم (والثانى) وهو قول أبى اسحق : انه يجوز للولى أن يقسم عليهما لأن جهل الولى بصفة قتلهما ليس بجهل فى القتل ، فاذا أقسم عليهما حبسا حتى تفسر صفة القتل ، لأنه لا يعلم الا من جهتهما . فاذا أقرا بقتل العمد المحض وجب عليهما القود قولا واحدا ، وهل يجب القود على الأول ؟ فيه قولان . وان أقر بقتل الخطأ أو أقر أحدهما بقتل الخطأ والآخر بقتل العمد لم يجب القود على واحد منهم قولا واحدا ، وحكم الدية ما مضى ، وكم يقسم الولى عليهما ؟ على الوجهين .

(المسألة الرابعة) اذا قال : قتله هــذا عمدا ونفر يصح اشتراكهم فى القتل لكن لا أعلم عددهم ــ فان كانت الدعوى فى قتل الخطأ أو عمد الخطأ أو فى عمد المحض وقلنا : لا يجب القــود بأيمان الولى لم يكن للولى أن

يقسم على الحاضر لأنه اذا أقسم عليه لا يعلم كم القدر الذى يجب بجنايته من الدية ؟ وان كانت الدعوى بقتل العمد المحض وقلنا : يجب القود بأيمان الولى فهل يجوز للولى أن يقسم على الحاضر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يقسم عليه لأن الجماعة يقتلون بالواحد عندنا وقد مضى فى الجنايات دليل ذلك (والثانى) ليس له أن يقسم عليه لأنه ربما عفا عن الحاضر ولا يعلم ما يستحقه عليه من الدية •

فـــرع فى مذاهب العلماء : مضى نقلنا لمذهب ابن حزم وأهل الظاهر وأما أحمد وأصحابه فانهم يقولون بمثل مذهبنا الا فى فروق تتضح فيما يلى : قالوا : ان قال المدعى : قتله هذا ورجل آخر لا أعرفه وكان على المعين لوث أقسم عليه خمسين يمينا واستحق نصف الدية ، فان تعين له الآخر حلف عليه واستحق نصف الدية ، وان قال : قتله هذا ونفر لا أعلم عددهم لم تجب القسامة لأنه لا يعلم كم حصته من الدية •

قالوا : ولا تسمع الدعوى الا محررة بأن يقول : أدعى أن هذا قتل ولى فلان ابن فلان عمداً أو خطأ أو شبه العمد ويصف القتل ، فان كان عمدا قال : قصد اليه بسيف أو مسدس أو خنجر أو بما يقتل غالبا — فان كانت الدعوى على واحد فأقر — ثبت القتل ، وان أنكر وثم بينة حكم بها والا صار الأمر الى الأيمان ، وان كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول : قتله هــذا وتعمد قتله ويصف العمــد بصفته فيقال له : عين واحدا ، فان القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد •

(الثانى) أن يقول : تعمد هذا وهذا كان خاطئــا فهو يدعى قتلا غير موجب للقود فيقسم عليهما ويأخذ نصف الدية من مال العــامد ونصفها من عاقلة المخطىء •

(الثالث) أن يقول : عمد هذا ولا أدرى أكان قتــل الثانى عمــدا أو خطأ ، فقيل : لا تسوغ القسامة ههنا لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئــا

فيكون موجبها الدية عليهما ، ويحتمل أن يكون عامدا فلا تسوغ القسامة عليهما ويجب تعيين واحد والقسامة عليه ، فيكون موجبها القود فلم تجز القسامة مع هذا • فان عاد فقال : علمت أن الآخر كان عامدا فله أن يعين واحدا ويقسم عليه ، وان قال : كان مخطئا ثبتت القسامة حينئــذ ، ويسأل فان أنكر ثبتت القسامة ، وان أقر ثبت عليه القتل ويكون عليه نصف الدية فى ماله ، لأنه ثبت باقراره لا بالقسامة •

وقال القاضى من أصحاب أحمد : يكون على عاقلته ، والأول أصح لأن العاقلة لا تحمل اعترافا ــ هكذا أفاده فى المغنى •

(الحال الرابع) أن يقول : قتلاه خطأ أو شبه عمد أو أحدهما خاطىء والآخر شبه العمد فله أن يقسم عليهما ، فان ادعى أنه قتل وليه عمدا فسئل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره وأقسم على ما فسره به لأنه أخطأ فى وصف القتل بالعمدية • ونقل المزنى عن الشافعى : لا يحلف عليه ، لأن بدعوى العمد برأ العاقلة فلا تسمع دعواه بعــد ذلك ما يوجب عليهم المــال •

ودليل الحنابلة أن دعواه قد تحررت وانما غلط فى تسمية شبه العمــد عمدا ، وهذا مما يشتبه فلا يؤخذ به • ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل لم يعتد باليمين لأن الدعوى لا تســمع غير محررة فكأنه حلفه قبل الدعوى • ولأنه انما يحلفه ليوجب له ما يستحقه ، فاذا لم يعلم ما يستحقه بدعواه لم يحصل المقصود باليمين فلم يصح • هكذا أفاده ابن قدامة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل واللوث الذى يثبت لأجله اليمين فى جنبة المدعى هو ان يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعى ، فان وجد القتيل فى محلة أعدائه لا يخالطهم غيرهم كان ذلك لوثا فيحلف المدعى ، لأن قتيل الأنصار وجد فى

خيبر وأهلها أعداء للأنصار ((فجعل النبي صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعى)) فصار هذا اصلا لكل من يغلب معه على الظن صدق المدعى ، فيجعل القول قول المدعى مع يمينه ، وان كان يخالطهم غيرهم ولم يكن لوثا لجواز ان يكون قتله غيرهم ، وان تفرقت جماعة عن قتيل فى دار او بستان وادعى الولى انهم قتلوه فهو لوث فيحلف المدعى انهم قتلوه ، لان الظاهر انهم قتلوه ، وان وجد قتيل فى زحمة فهو لوث فان ادعى الولى انهم قتلوه حلف وقضى له ، وان وجد قتيل فى ارض وهناك رجل معه سيف مخضب بالدم وليس هناك غيره فهو لوث ، فان ادعى الولى عليه القتل حلف عليه لان الظاهر انه قتله ، فان كان هناك غيره من سبع او رجل مول لم يثبت اللوث على صاحب السيف ، لانه يجوز ان يكون قتله السبع او الرجل المولى ، وان تقابلت طائفتان فوجد قتيل من احدى الطائفتين فهو لوث على الطائفة الاخرى . فان ادعى الولى انهم قتلوه حلف وقضى له بالدية لأن الظاهر انه لم تقتله طائفة . وان شهد جماعة من النساء او العبيد على رجل بالقتل نظرت فان جاءوا دفعة واحدة وسمع بعضهم كلام البعض لم يكن ذلك لوثا لانه يجوز ان يكونوا قد تواطئوا على الشهادة . وان جاءوا متفرقين واتفقت اقوالهم ثبت اللوث ويحلف الولى معهم . وان شهد صبيان او فساق او كفار على رجل بالقتل وجاءوا دفعة واحدة وشهدوا لم يكن ذلك لوثا لانه يجوز ان يكونوا قد تواطئوا على الشهادة ، فان جاءوا متفرقين وتوافقت اقوالهم ففيه وجهان (احدهما) ان ذلك لوث لأن اتفاقهم على شىء واحد من غير تواطىء يدل على صدقهم (والثانى) انه ليس بلوث لانه لا حكم لخبرهم . فلو اثبتنا بقولهم لوثا لجعلنا لخبرهم حكما . وان قال المجروح : قتلنى فلان ثم مات لم يكن قوله لوثا لانه دعوى ولا يعلم به صدقه ، فلا يجعل لوثا . فان شهد عدل على رجل بالقتل — فان كانت الدعوى فى قتل يوجب المال — حلف المدعى يمينا وقضى له بالدية ، لأن المال يثبت بالشاهد واليمين . وان كانت فى قتل يوجب القصاص حلف خمسين يمينا ويجب القصاص فى قوله القديم والدية فى قوله الجديد .

فصـــل وان شهد واحد انه قتله فلان بالسيف وشهد آخر انه قتله بالعصا لم يثبت القتل بشهادتهما ، لانه لم تتفق شهادتهما على قتل واحد . وهل يكون ذلك لوثا يوجب القسامة فى جانب المدعى ؟ قال فى موضع : يوجب القسامة ، وقال فى موضع : لا يوجب القسامة . واختلف اصحابنا فى ذلك فقال ابو اسحق : هو لوث يوجب القسامة قولا واحدا لانهما اتفقا على اثبات القتل وانما اختلفا فى صفته وجعل القول الآخر غلطا من الناقل . وقال ابو الطيب بن سلمة وابن الوكيل : ان ذلك ليس بلوث ولا يوجب القسامة قولا واحدا لان كل واحد منهما يكذب الآخر ، فلا يغلب على الظن صدق ما يدعيه ، والقول الآخر غلط من الناقل . ومنهم من قال : فى المسئلة قولان (احدهما) انه لوث يوجب القسامة (والثانى) ليس بلوث . ووجههما ما ذكرناه . وان

شهد واحد أنه قتله فلان وشهد آخر أنه اقر بقتله لم يثبت القتل بشهادتهما ، لأن أحدهما شهد بالقتل والآخر شهد بالاقرار ، وثبت اللوث على المشهود عليه . وتخالف المسئلة قبلها فان هناك كل واحد منهما يكذب الآخر ، وههنا كل واحد منهما غير مكذب للآخر ، بل كل واحد منهما يقوى الآخر فيحلف المدعى مع من شاء منهما . فان كان القتل خطا حلف يمينا واحدة وثبتت الدية ، فان حلف مع من شهد بالقتل وجبت الدية على العاقلة لأنها تثبت بالبينة وان حلف مع من شهد بالاقرار وجبت الدية فى ماله لأنها تثبت بالاقرار . وان كان القتل موجبا للقصاص حلف المدعى خمسين يمينا ووجب له القصاص فى أحد القولين والدية فى الآخر . وان ادعى على رجل أنه قتل وليه ولم يقل عمدا ولا خطأ وشهد له بما ادعاه شاهد لم يكن ذلك لوثا لأنه لو حلف مع شاهده لم يمكن الحكم بيمينه لأنه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفى موجبه فسقطت الشهادة وبطل اللوث) .

الشرح اللوث الذى تثبت به الأيمان فى جنبة المدعى هو أن يوجد هناك سبب يغلب معه على الظن صدق المدعى . وذكر الشافعى رحمه الله فى ذلك سبعة أسباب (أحدها) اذا وجد قتيل فى محلة أو قرية أو قبيلة لا يشاركهم غيرهم فى السكنى ، وان كان قد يدخل اليهم فى تجارة وبينهم وبين المقتول عداوة ظاهرة ، وسواء كان المقتول منهم أو غيرهم فان ذلك لوث على أهل المحلة أو القرية ، لأن خيبر كانت دارا محضة لليهود ولا يسكنها غيرهم ، وكان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم يدخلونها للتجارة ، وكانت بينهم وبين الأنصار عداوة ظاهرة ، فلما وجد عبد الله بن سهل فيها مقتولا جعله صلى الله عليه وسلم لوثا ، وجعل للأنصار أن يقسموا عليهم ، فان اختل أحد هذين الشرطين بأن كان يسكنها غيرهم أو لا عداوة ظاهرة بين المقتول وبينهم لم يكن لوثا .

السبب الثانى : أن يوجد قتيل فى دار قوم أو قريتهم أو حصن أو قبيلة ، ولا يخالطهم غيرهم فى السكنى ولا يدخل عليهم غيرهم فى تجارة ولا غيرها ، فان هذا يكون لوثا عليهم ، سواء كان بينهم وبين المقتول عداوة ظاهرة أو لم تكن . وسواء كان القتيل منهم أو غيرهم ، والفرق بينها وبين الأول أنه اذا كان يدخل اليهم غيرهم فى تجارة أو غيرها جاز أن يكون الذى

قتله هو الداخل اليهم ، فلذلك قلنا : يشترط أن يكون بينه وبينهم عداوة ظاهرة ، واذا كان لا يدخل اليهم غيرهم فالظاهر أنه لم يقتله غيرهم •

السبب الثالث : أن يوجد قتيل فى الصحراء وفيه مسألتان (أحداهما) أن يتفرق عنه جماعة وهو طرى ولم يكن بقربهم أحد ، ولا مضى من حين تفرقهم عنه الى أن اكتشف أمرهم مدة يمكن أن يكون القاتل قد هرب أو اختفى ــ قال الشافعى رحمه الله : وليس هناك أثر ولا عين • وأراد بالأثر أثر قدم الآدمى وبالعين السبع ، لأنه اذا كان هناك سبع جاز أن يكون هو الذى قتله • واذا كان هناك أثر جاز أن يكون هو الذى قتله دون الجماعة الذين تفرقوا عنه ، فاذا لم يوجد شيء من ذلك كان لوثا على الجماعة الذين تفرقوا عنه ، لأن الظاهر أنهم قتلوه (الثانية) أن يوجد القتيل طريا فى الصحراء وبقربه رجل معه سيف مخضوب بالدم أو غيره من السلاح وليس هناك غيره ، فانه يكون لوثا عليه ، لأن الظاهر أنه قتله •

قال المسعودى : وكذلك اذا ارئى رجل يحرك يده كالضارب ووجد بقربه قتيل فانه يكون لوثا عليه ، لأن الظاهر أنه قتله •

السبب الرابع : أن يوجد قتيل فى أحد صفى القتال ــ فان كان الصفان قد التقيا ، بحيث يقتتلون بالسيوف أو الرماح أو الرمى فهو لوث على أهل الصف الثانى ، لأن الظاهر أنهم قتلوه دون أهل صفة ، وان كانوا متباعدين بحيث لا يمكن قتالهم بالسيوف والرماح والرمى فهو لوث على مخطىء ويستحق عليه ثلث دية مغلظة فى ماله ، فاذا حضر الثانى وأنكر القتل أهل صفه لأن الظاهر أنهم قتلوه •

السبب الخامس : اذا ازدحم جماعة فى مسجد أو طوف أو سوق فوجد بينهم قتيل فهو لوث عليهم لأن الظاهر أنهم قتلوه •

السبب لسادس : أن يوجد رجل قتيل فيشهد جماعة نساء أو عبيد أن فلانا قتله ــ فان جاءوا متفرقين واتفقت أقوالهم على صفة قتله ، ولم يمض من وقت قتله الى أن قالوا هذه مدة يمكنهم أن يجتمعوا ويتفرقوا ــ

فان ذلك يمكن أن يكون لوثا على المشهود عليه ، لأن الله تعالى لم يجر العادة أن الجماعة يكذبون فى شىء واحد من غير تواطؤ منهم على الكذب •

فـــرع اذا كانت قد مضت مدة من حين قتله يمكن أن يجتمعوا فيها ويتفرقوا ـ فاختلف أصحابنا فيه ـ فقال أكثرهم : لا يكون لوثا على المشهود عليه ، لأنه يجوز أن يكونوا قد اجتمعوا وتواطأوا على الكذب • قال ابن الصباغ : فيه نظر ، لأنه متى وجد عدد مجتمع على ذلك غلب على الظن أنه قتله ، وتجويز تواطئهم على الكذب لا يمنع الظن كتجويز كذب العدل فى الظاهر ، وان شهد بذلك صبيان أو فساق أو كفار كشهادة النساء والعبيد ففيه وجهان • قال أبو اسحاق المروزى : لا يكون لوثا على المشهود عليه ، لأن أخبارهم غير مقبولة فى الشرع ، ومن أصحابنا من قال يكون لوثا على المشهود عليه ، وهو الأصح ، لأنا انما جعلنا قول الجماعة من النساء والعبيد لوثا لأن الله تعالى لم يجر العادة أن الجماعة يكذبون فى شىء واحد من غير تواطىء على الكذب • وهذا المعنى موجود فى هؤلاء ، ولأن لقولهم حكما فى الشرع بدليل قولهم : يقتل فى قبول الهدية وفى الاذن بدخول الدار •

السبب السابع : أن يشهد رجل عدل على رجل أنه قتل فلانا فانه يكون لوثا •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى اللوث • قال مالك رحمه الله : فى جميع هذه الأسباب : لا يكون لوثا الا اذا شهد رجل عدل أنه قتل فلانا فانه يكون لوثا • دليلنا أن قتيل الأنصار وجد فى خيبر وهى مسكن اليهود لا يسكن معهم فيها غيرهم وهم أعداء الأنصار فجعله النبى صلى الله عليه وسلم لوثا • والمعنى فى ذلك أنه يغلب على الظن أنهم قتلوه ، وهذا المعنى موجود فى هذه الأسباب فكانت لوثا كما لو شهد رجل عدل على رجل أنه قتل رجلا •

وعند الحنابلة اللوث المشترط فى القسامة يجتمع فى أربعة فصول

(الأول) فى اللوث المشترط فى القسامة ، واختلفت الروايه عن أحمد فيه فروى عنه أن اللوث هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر ، وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة واللصوص ، وكل ما بينه وبين المقتول صفة يغلب على الظن أنه قتله قالوا : وعلى هذا لا يشترط مع العداوة ألا يكون فى الموضع الذى به القتيل غير العذر ، نص عليه أحمد فى رواية مهنا وأفاده ابن قدامة قال : (وكلام الخرقى يدل عليه أيضا واشترط القاضى ألا يوجد القتيل فى موضع عدو لا يختلط بهم غيرهم) وهذا هو مذهبنا الذى سقناه آنفا ، ولأنه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير ، وناقض القاضى أبو بكر من الحنابلة قوله فقال فى قوم ازدحموا فى مضيق فافترقوا عن قتيل ان كان فى القوم من بينه وبينهم عداوة وأمكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث . فجعل العداوة لوثا مع وجود غير العدو والأول أصح لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا ؟ مع أن الظاهر وجود غيرهم ــ هكذا زعم ابن قدامة ــ فيها ، لأنها كانت أملاكا للمسلمين يقصدونها لأخذ غلات أملاكهم منها وعمارتها والاطلاع عليها والامتيار منها ويبعد أن تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها ، وقول الأنصار : ليس لنا بخيبر عدو غير اليهود يدل على أنه قد كان بها غيرهم ممن ليس بعدو ، ولأن اشتراكهم فى العادة لا يمنع من وجود اللوث فى حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره فى احتمال قتله فلأن يمنع ذلك من وجود من يبعد منه القتل أولى وما ذكروه من الاحتمال لا ينفى اللوث ، فان اللوث لا يشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه ولا ينافيه الاحتمال ، ولو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتيج الى الأيمان ولو اشترط نفى الاحتمال لما صحت الدعوى على وحد من جماعة لأنه يحمل أن القاتل غيره ، ولا على الجماعة كلهم لأنه يحتمل ألا يشترك الجميع فى قتله (والرواية الثانية) عن أحمد أن اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعى وذلك من وجوده .

(أحدها) العداوة المذكورة (والثانى) ان يفرق جماعة عن قتيل

فيكون ذلك لوثا فى حق كل واحد منهم . فان ادعى الولى على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضى (وهو مذهبنا كما سبق) (والثالث) أن يزدحم الناس فى مضيق فيوجد فيهم قتيل فظاهر كلام أحمد أن هذا ليس بلوث ، فانه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة فديته فى بيت المال وهو قول اسحق بن راهويه ، وروى ذلك عن عمر وعلى ، فان سعيد بن منصور روى فى سننه عن ابراهيم النخعى قال : « قتل رجل فى زحام الناس بعرفة فجاء أهله الى عمر فقال : بينتكم على من قتله فقال على : يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم ان علمت قاتله والا فأعطه ديته من بيت المال » وقد كتب لعمر بن عبد العزيز فى قتيل لم يعرف قاتله فقال : ان من القضايا قضايا لا يحكم فيها الا فى الدار الآخرة وهذا منها . (الرابع) أن يوجد قتيل لا يوجد بقربه الا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره مما يغلب على الظن أنه قتله مثل أن يرى رجل هارب يحتمل أنه القاتل ، أو سبعاً يحتمل ذلك فيه . (الخامس) أن يقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من احداهما فاللوث على الأخرى . ذكره القاضى ، فان كانوا بحيث لا تصل سهام بعضهم بعضا فاللوث على طائفة القتيل (وهذا مذهبنا) .

وروى عن أحمد أن عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما اذا اقتتلت الفئتان الا أن يدعوا على واحد بعينه ، وهذا قول مالك ، وقال ابن أبى ليلى . على الفريقين جميعا لأنه يحتمل أنه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه .

وعن أحمد فى قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم فدية المقتولين على المجروحين تسقط منها دية الجراح ، وان كان فيهم من لا جرح فيه فهل عليه من الديات شىء ؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد (السادس) أن يشهد بالقتل عبيد ونساء فهذا فيه عن أحمد روايتان (احداهما) أنه لوث لأنه يغلب على الظن صدق المدعى فى دعواه فأشبه العداوة (والثانية) ليس بلوث لأنها شهادة مردودة فلم تكن لوثا كما لو شهد به كفار ، وان شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوثا ؟ على وجهين (أحدهما) ليس بلوث

لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم فلا يثبت اللوث بها كشهادة الأطفال والمجانين (والثانى) يثبت بها اللوث لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى فأشبه شهادة النساء والعبيد • وقول الصبيان معتبر فى الاذن فى دخول الدار وقبول الهدية ونحوها (وهذا مذهبنا) ويعتبر أن يجىء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق اليهم التواطؤ على الكذب فهذه الوجوه قد ذكر عن أحمد أنها لوث لأنها يغلب على الظن صدق المدعى فأشبهت العداوة •

وروى عن أحمد أن هذا ليس بلوث ، وهو ظاهر كلامه فى الذى قتله فى الزحام لأن اللوث انما يثبت بالعداوة بقضية الأنصارى القتيل بخيبر ، ولا يجوز القياس لأن الحكم ثبت بالمظنة ولا يجوز القياس فى المظان لأن الحكم انما يتعدى بتعدى سببه والقياس فى المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون ، والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف وتنخبط ولا تنضبط ، وتختلف باختلاف القرائن والأحوال والأشخاص فلا يمكن ربط الحكم بها ولا تعديته بتعديتها ، ولأنه يعتبر فى التعدية والقياس بالتساوى بين الأصل والفرع فى المقتضى ، ولا سبيل الى يقين التساوى بين الظنين مع كثرة الاحتمالات وترددها ، فعلى هذه الرواية حكم هذه الصورة حكم غيرها مما لا لوث فيه هكذا حكى ابن قدامة فى المغنى ومن المغنى نقله •

فـــرع قال فى البيان : اذا وجد الرجل قتيلا فى دار ومعه عبده فلورثته أن يقسموا عليه لأنه يغلب على الظن صدقهم ويكون لهم القود على القديم ، وعلى الجديد الدية ويستفاد به فكه من الرهن •

فـــرع اذا شهد رجل على رجل أنه قتل رجلا ، وكان القتل موجبا للمال حلف المدعى يمينا واحدة وقضى له بالمال ، لأن ذلك يثبت بالشاهد واليمين ، وان كان القتل موجبا للقود فانه يحلف خمسين يمينا ويوجب له القود على القديم وعلى الجديد لا يثبت له الا الدية •

فـــرع اذا قال المجروح : جرحنى فلان أو دمى عند فلان ثم مات فانه لا يكون لوثا • وقال مالك رحمه الله : يكون لوثا دليلنا أن من

لم يقبل اقراره على غيره بالمال لم يقبل اقراره فى الجراح كما لو برىء من الجراحة والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان شهد شاهدان أن فلانا قتله أحد هذين الرجلين ولم يعينا ثبت اللوث فيحلف الولى على من يدعى القتـل عليه لأنه قد ثبت أن المقتول قتله أحدهما فصار كما لو وجد بينهما مقتول فان شهد شاهد على رجل انه قتل احد هذين الرجلين لم يثبت اللوث لأن اللوث ما يغلب معه على الظن صدق ما يدعيه المدعى ولا يعلم أن الشاهد لمن شهد من الوليين فلا يغلب على الظن صدق واحد من الوليين فلم يثبت فى حقه لوث وان ادعى أحد الوارثين قتـل مورثه على رجل فى موضـع اللوث وكذبه الآخر سقط حق المكذب من القسامة وهل يسقط اللوث فى حق المدعى ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه لا يسقط فيحلف ويسـتحق نصف الدية وهو اختيار المزنى لأن القسـامة مع اللوث كاليمين مع الشاهد ، ثم تكذيب احد الوارثين لا يمنع الاخر من أن يحلف مع الشـهادة فكذلك تكذيب احد الوارثين لا يمنـع الآخر أن يقسم مع اللوث (والقول الثانى) أنه يسقط لأن اللوث يدل على صدق المدعى من جهة الظن ، وتكذيب المنكر يدل على كذب المدعى من جهة الظن ، فتعارضا وسقطا وبقى القتل بغير لوث ، فيحلف المدعى عليه على ما ذكرناه .. وان قال أحد الابنين : قتل أبى زيد ورجل آخر لا أعرفه وقال الآخر : قتله عمرو ورجل آخر لا أعرفه اقسم كل واحد على من عينه ويستحق عليه ربع الدية ، لأن كل واحد منهما غير مكذب للآخر ، لجواز أن يكون الآخر هو الذى ادعى عليه اخوه . فان رجعا وقال كل واحد منهما : علمت أن الآخر هو الذى ادعى عليه أخى اقسم كل واحد منهما على الذى ادعى عليه أخوه ، ويستحق عليه ربع الدية . وان قال كل واحد منهما : علمت أن الآخر غير الذى ادعى عليه أخى صار كل واحـد منهما مكذبا للآخر . فان قلنا : تكذيب أحـدهما لا يسقط اللوث اقسم كل واحد منهما عن الذى عينه ثانيا واستحق عليه ربع الدية ، وان قلنـا : أن التكذيب يسقط اللوث بطلت القسامة ، فان اخذ شيئا رده ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه . وان ادعى القتل على رجل عليه لوث فجاء آخر وقال : انا قتلته ولم يقتله هذا لم يسقط حق المدعى من القسامة باقراره ، واقراره على نفسه لا يقبل لأن صاحب الدم لا يدعيه . وهل للمدعى أن يرجع ويطالب المقر بالدية ؟ فيه قولان (أحدهما) انه ليس له مطالبته لأن دعواه على الأول ابراء لكل من سواه (والثانى) أن له أن يطالب لأن دعواه على الأول باللوث من جهة الظن ، والاقرار يقين ، فجاز أن يترك الظن ويرجع الى اليقين .. وان

ادعى على رجل قتل العمد فقيل له صف العمد ففسره بشبه العمد فقد نقل المزنى انه لا يقسم ، وروى الربيع انه يقسم ، فمن اصحابنا من قال : فيه قولان (احدهما) انه لا يقسم لأن بقوله : قتله عمدا ابرا العاقلة ، وبتفسيره ابرا القاتل (والقول الثانى) انه يقسم وتجب الدية على العاقلة ، لان المعول على التفسير وقد فسر بشبه العمد ، ومنهم من قال : يقسم قولا واحدا لما بيناه وقوله : لا يقسم معناه لا يقسم على ما ادعاه) .

الشرح اذا ادعى على رجل أنه قتل وليه فأنكر فأقام عليه شاهدين ، شهد أحدهما أنه قتله بالسيف وشهد آخر أنه قتله بالعصا أو شهد أحدهما أنه قتله غدوة وشهد الآخر أنه قتله عشية لم يثبت القتل بشهادتهما ، لأن شهادتهما لم تتفق على فعل واحد . قال الشافعى رحمه الله فى موضع : ويكون ذلك لوثا ، وقال فى موضع : لا يكون لوثا . واختلف أصحابنا على ثلاث طرق فقال أبو اسحق المروزى : يكون لوثا قولا واحدا ، لأنهما اتفقا على اثبات القتل وانما اختلفا فى صفته ، فيغلب على الظن صدق الولى .وقال أبو حفص ابن الوكيل : لا يكون لوثا قولا واحداً لأن كل واحد من الشاهدين يكذب الآخر فلا يغلب على الظن صدق الولى .ومن أصحابنا من قال : فيه قولان ، ووجهما ما ذكرناه . وان شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله لم يثبت القتل بشهادتهما ، لأنهما لم يتفقا على فعل واحد ، لأن أحدهما شهد على القتل والآخر على الاقرار ، ويثبت اللوث ها هنا قولا واحداً ، لأن أحدهما لا يكذب الآخر فيحلف الولى مع من شاء منهما فان كان القتل خطأ حلف يمينا واحدة وتثبت له الدية . فان حلف مع من شهد بالقتل وجبت الدية على العاقلة ، وان حلف مع من شهد بالقتل على الاقرار وجبت الدية فى مال الجانى وان كانت عمدا حلف خمسين يمينا ووجب القصاص فى القول القديم والدية فى القول الجديد .

فــرع وان شهد شاهدان أن رجلا قتله أحد هذين الرجلين كان ذلك لوثا ، وللولى أن يقسم على أيهما غلب على ظنه أنه قتل مورثه لأنه قد ثبت أن أحدهما قتله ، فهو كما لو وجد بينهما مقتول . وان شهد شاهدان أن هذا الرجل قتل أحد هذين الرجلين لم يثبت اللوث لأن اللوث ما يغلب معه على الظن صدق ما يدعيه المدعى ، ولا يعلم لمن شهد من الوليين . فان

كان وليهما واحـدا وديتهما مستوية فالذى يقتضى المذهب أن له أن يقسم على المشهود عليه لأنه يستحق بكل واحد منهما ما يستحقه بالآخر •

مسـألة اذا قتل رجل فى موضع فيه لوث وله ابنان فادعى أحدهما على رجل أنه قتله وكذبه أخوه وقال : لم يقتله هـذا سقط اللوث فى حق المكذب وأما المدعى ففيه قولان (أحدهما) يسقط اللوث فى حقه ، لأن اللوث أمر يحكم فيه بغلبة الظن وتكذيب أحد الاثنين لأخيه لا يدل على صـدق المدعى من جهة غلبة الظن فتعارضا وسقطا • وبقى القتل بغير لوث ، فعلى هذا يحلف المدعى عليه (والثانى) لا يسقط اللوث وهو اختيار المزنى ، لأن اللوث والأيمان فى القسامة كالشاهد واليمين فى سائر الدعاوى فى الأموال • ثم ثبت أن أحد الأخوين لو ادعى على رجل مالا لأبيه وأقام بذلك شاهدا وكذبه الآخر لم يسقط اليمين فى حق المدعى ، وله أن يحلف معـه كذلك ها هنا مثله ، فعلى هذا يحلف المدعى ويستحق على المدعى عليه نصف الدية•

فـرع فان المزنى نقل فى تكذيب أحدهما للآخر أن يكون المكذب عدلا ، وأن يقول المكذب ان المدعى عليه كان فى الوقت الذى قتل فيه ببلد لا يمكن أن يصل اليه ففيه قولان واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال : هذا شرط فى القولين كما نقله المزنى ، لأن ابطال اللوث انما يكون بما هو صحيح فى الظاهر ، فلا يبطل بقول الفاسق • وقال أكثر أصحابنا : ليس ذلك شرطا كما أفاده فى البيان وانما أراد تصويرها بذلك • وقد يتصـور بغير ذلك • وقد قال الشافعى رحمه الله فى الأم : والعدل والفاسق سـواء لأنه جحود فى حق نفسه •

فـرع اذا قال أحد الابنين : قتله هذا وحده وقال الابن الثانى : قتله هذا وآخر معه فان هذا تكذيب له فى نصف الدية ــ فان قلنـا : ان التكذيب لا يؤثر فى اللوث ــ فان الذى ادعى أنه قتله وحده يقسم عليـه ويستحق عليه نصف الدية ، ويقسم عليه الآخر ويستحق عليه ربع الدية ، وان قلنـا : ان التكذيب يؤثر فى اللوث فان كل واحد منهم يقسم عليـه ويستحق عليه ربع الدية •

فــــرع اذا قال أحد الابنين : قتــل أبى زيد ورجل آخر لا أعرفه ، وقال الابن الثانى قتل أبى عمرو ورجل آخر معه لا أعرفه فان كل واحد منهما غير مكذب للآخر لجواز أن يكون الذى لا يعرفه هو الذى عينه الآخر فيقسم كل واحد منهما على الذى عينه خمسين يمينا ، ويستحق عليــه ربع الدية • فان قال كل واحد منهــما بعد ذلك : الذى لم أعرفه هو الذى عينه الآخر ، فيقسم كل واحد منهما على الذى عينه خمسين يمينا ويستحق عليه ربع الدية • فان قال واحد منهما بعد ذلك : الذى لم أعرفه هو الذى عينه أخى حلف عليه ، وأخذ منه ربع الدية • وهل يحلف عليه خمسين يمينا أو نصف الخمسين ؟ على وجهين مضى ذكرهما •

فــــرع وان قال أحدهما : الآخر الذى لم أعرفه هو خالد وقال الآخر : بل الذى لم أعرفه هو بكر فقد صار كل واحد منهما مكذبا لأخيه ـ فان قلنا : ان التكذيب لا يؤثر حلف كل واحــد منهما على من عينــه واستحق عليه ربع الدية • وان قلنا : ان التكذيب يؤثر فى اللوث حلف كل واحد منهما •

فــــرع فى مذاهب العلماء فى ذلك :

قلنا ان مذهبنا اذا اختلف الأخوان قال أحدهما : قتل أبى زيد وآخر لا أعرفه وقال الآخر : قتله عمــرو وآخر لا أعرفه ثبتت القســامة وبه قال أبو بكر والقاضى من الحنابلة وفى ظاهر قول الخرقى لم تثبت القسامة ، لأنها لا تكون الا على واحد ، ولأنهما ما اتفقا فى الدعوى على واحد ، ولا يمكن أن يحلفا على من لم يتفقا فى الدعوى عليه والحق انما ثبت فى محل الوفاق بأيمان الجميع ، فكيف ثبت فى الفرع بأيمان البعض ؟ دليلنا أنه ليس ها هنا تكذيب فانه يجوز أن يكون الذى جهله كل واحد منهما هو الذى عرفه أخوه فيحلف كل واحد منهما على الذى عينه ويستخرج ربع الدية فان عاد كل واحد منهما فقال قد عرفت الذى جهله وهو الذى عينه أخى حلف أيضا على الذى حلف عليه أخوه وأخذ منه ربع الدية ويحلف خمسا وعشرين يمينا لأنه يبنى على أيمان أخيه فلم يلزمه أكثر من خمس وعشرين كمــا لو عرفه

ابتداء ، وعند أحمد وجهان كالقولين للشافعى رضى الله عنهما (أحدهما) هذا (والثانى) أن الأول لا يحلف أكثر من خمس وعشرين يمينا لأنه انما يحلف على ما يستحقه والذى يستحقه هو النصف فيكون عليه نصف الأيمان كما لو حلف أخوه معه ، وان قال كل واحد منهما : الذى كنت جهلته غير الذى عينه أخى بطلت القسامة التى أقسماها لأن التكذيب يقدح فى اللوث فيرد كل واحد منهما ما أخذ من الدية ، وان كذب أحدهما أخاه ولم يكذبه الآخر بطلت قسامة المكذب دون الذى لم يكذب والله تعالى أعلم •

فــرع اذا قتل رجل وادعى وليه أن فلانا قتله وهناك لوث فحلف عليه الولى ثم شهد شاهدان عدلان أن هذا الذى أقسم عليه لم يقتله وكان وقت القتل غائبا فى بلد كذا بحيث لا يمكن وصوله اليه ذلك الوقت وجب على الولى رد الدية ان كان أخذها ، لأن الدية انما استحقت باللوث والأيمان ، وما قامت فيه البينة يبطل اللوث فسقطت الأيمان ، وأما اذا شهدا أنه لم يقتله وأطلقا لأن الشهادة على النفع لا تصح •

فــرع وان قالا : ما قتله هذا وانما قتله فلان بطل اللوث ووجب رد الدية لأن هذه الشهادة تضمنت الاثبات ولا يحكم الولى على الذى شهدا عليه ثانيا لأنه لا يدعى عليه شيئا •

فــرع وان قال رجل : هذا لم يقتل وكذبه الولى لم يجب على الولى رد الدية ، ولا يبطل اللوث ، لأنه يبطل ما حكم به بقول أحد ، وان صدقه الولى وجب عليه رد الدية الى الأول ، وهل للولى مطالبة المقر ، فيه قولان (أحدهما) ليس له مطالبته لأن دعواه على الأول أنه انفرد بالقتل اثر الغيرة من الناس (والثانى) له مطالبته لأن دعواه على الظن ، واقرار الثانى على نفسه يقين فجاز له الرجوع من الظن الى اليقين •

فــرع اذا قتل رجل فى قرية أو فى زحمة أو فى صف قتال وما أشبه ذلك وادعى وليه بقتله على رجل فقال المدعى عليه : لم أكن فى القرية أو الزحمة أو الصف وقت قتله لم يكن للولى أن يقسم عليه حتى يقيم البينة

على المدعى عليه أنه كان هنالك عند قتله ، فاذا أقام البينة أو أقر المدعى عليه أنه كان هنالك ولكنه قال لم أقتله أقسم عليه الولى ، وان لم يقم عليه البينة ولا أقر فالقول قول المدعى عليه أنه لم يكن هنالك ، فان حلف فلا كلام، وان نكل حلف المدعى أنه كان هنالك ثم أقسم عليه .

فـــرع ولورثة القتيل أن يقسموا وان كانوا غيبا عن موضع القتيل ، لأنه يمكن أن يعرفوا ذلك باعتراف القاتل أو ببينة ، لأن عبد الله بن سهل قتل بخيبر وعبد الرحمن بن سهل بالمدينة لم يشاهدوه فقال لهم النبى صلى الله عليـه وسلم « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » فدل على أنه يجوز ، ولأن اليمين تكون تارة على يقين وتارة على غلبـة الظن باليقين أن يقرض انسانا شيئا فينكر فيحلف أنه أقرضه ، وغلبة الظن أن يجد شـيئا بخطه على انسان ولا يعلم ذلك ؟ ومتى وقع ؟ أو يجده بخط أبيه ويعلم أن أباه لا يكتب الا بما كان له ، وأنه يمحو ما استوفاه ، وكذلك الرجل اذا وكل وكيلا يشترى له عبدا فأتى الوكيل بعبد فقال : اشتريت هذا وجاء آخر وادعى ملكه وأنه غصبه منه فللموكل أن يقول : هو لى ويحلف عليه لأنه يغلب على ظنه صدق الوكيل .

فـــرع وان ادعى على رجل قتل عمد وهناك لوث فقيل له : صف العمد فوصفه بالخطأ المحض أو بعمد الخطا فقد نقل المزنى أنه لا يقسم ، ونقل الربيع أنه يقسم ، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيـه قولان (أحدهما) ليس له أن يقسم لأنه إذا ادعى قتل العمد فقد أقر ببراءة العصبة واذا وصفه بالخطأ فقد أقر ببراءة المدعى عليه (والثانى) له أن يقسم على ما فسره لأن دعواه قد تجددت بذلك ، وليس اذا اعتقد فى الخطأ أو عمـد الخطأ أنه عمد يبطل دعواه ، لأن ذلك قد يشتبه عليه ، ومنهم من قال : يقسم قولا واحدا لما ذكرناه ، وحيث قال : لا يقسم أراد على ما ادعاه .

فـــرع وان ادعى على رجل أنه قتل أباه وهناك لوث فلم يسأله الحاكم عن صفة القتل ثم حلفه قبل ذلك لم تصح هذه الأيمان لأن اليمين قبل وقتها لا يعتد بها كما لو حلف المدعى عليه قبل أن يسأل المدعى تحليفه .

مسألة اذا ادعى مسلم على كافر أنه قتل وليه المسلم وأنكر الكافر فى موضع فيه لوث فللمسلم أن يقسم عليه ، والدليل عليه قصة الأنصارى وان ادعى الذمى على المسلم أنه قتل وليه وأنكر فى موضع فيه لوث كان له أن يقسم عليه لأن القتل يثبت بالبينة وباللوث . والقسامة لم تثبت أنه لو أقام عليه البينة لثبتت دعواه فوجب أن تثبت له عليه القسامة ربما قلناه قال يحيى بن سعيد وربيعة الرأى وأبو الزناد ومالك وأحمد بن حنبل وسائر أصحابهم رضى الله عنهم قال ابن قدامة فيمن قال : ما قتله هذا بل أنا قتلته فكذبه الولى قال : لم تبطل دعواه ولا القسامة ، ولا يلزمه رد الدية ان كان أخذها لأنه قول واحد ولا يلزم المقر شىء لأنه أقر لمن يكذبه ، وان صدقه الولى أو طالبه بموجب القتل لزمه رد ما أخذه وبطلت دعواه على الأول لأن ذلك جرى مجرى الاقرار ببطلان الدعوى ، وهل له مطالبة المقر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له مطالبته لأنه أقر له بحق فملك مطالبته به كسائر الحقوق (والثانى) ليس له مطالبته لأن دعواه على الأول انفراده بالقتل ابراء لغيره ، فلا يملك مطالبة من أبرأه ، والمنصوص عن أحمد أنه يسقط القود عنهما ، وله مطالبة الثانى بالدية ، فانه قال فى رجل شهد عليه شاهدان بالقتل فأخذ ليقتاد منه فجاء رجل فقال : ما قتله هذا أنا قتلته ، فالقود يسقط عنهما والدية على الثانى .

ووجه ذلك ما روى « أن رجلا ذبح رجلا فى خربة وتركه وهرب وكان قصاب قد ذبح شاة وأراد ذبح أخرى فهربت منه الى الخربة فتبعها حتى وقف على القتيل والسكين بيده ملطخة بالدم فأخذ على تلك الحال وجىء به الى عمر رضى الله عنه فأمر بقتله فقال القاتل فى نفسه : يا ويله قتلت نفسا ويقتل بسببى آخر فقام فقال : أنا قتلته ولم يقتله هذا فقال عمر : ان كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا ودرا عنه القصاص » . ولأن الدعوى على الأول شبهة فى درء القصاص عن الثانى . وتجب الدية عليه لاقراره بالقتل الموجب لها ، وهذا القول أصح وأعدل مع شهادة الأثر بصحته .

فرع فى مذاهب العلماء فى الفرع قبله . قلنا : ان الأولياء اذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث شرعت اليمين فى حق المدعين .

أولا فيحلفون خمسين يمينا على المدعى عليه انه قتله وثبت حقهم قبله ، فان لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء وبهذا قال يحيى ابن سعيد القطان وربيعة الرأى وتلميذه مالك وأحمد بن حنبل .

وقال الحسن البصرى : يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا ويبرون وان أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين ان حقنا قبلكم ثم يعطون الدية لقوله صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه الشافعى فى مسنده . وروى أبو داود باسناده عن سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم : يحلف منكم خمسون رجلا ، فأبوا فقال للأنصار : استحقوا . قالوا : نحلف على الغيب يا رسول الله » فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليهود لأنه وجد بين أظهرهم ، ولأنها يمين فى دعوى فوجبت فى جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى .

وقد مضى قول الشعبى والنخعى والثورى وأصحاب الرأى أنهم يستحلفون خمسين رجلا من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا ويغرمون الدية لقضاء عمر بذلك قالوا : ولم نعرف له فى الصحابة مخالفا فكان اجماعا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان كانت الدعوى فى الجناية على الطرف ولم تكن شهادة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأن اللوث قضى به فى النفس بحرمة النفس ، فلا يقضى به فى الطرف كالكفارة . وهل تغلظ اليمين فيه بالعدد ؟ فيه قولان (أحدهما) لا تغلظ لأنه يسقط فيه حكم اللوث فسقط فيه حكم التغليظ بالعدد (والثانى) انه تغلظ بالعدد لأنه يجب فيه القصاص والدية المغلظة فوجب فيه تغليظ اليمين ، فان قلنا : لا تغلظ حلف المدعى عليه يمينا واحدة . وان قلنا : تغلظ فان كان فى جناية توجب دية كاملة كاليدين غلظ بخمسين يمينا . وان كان فيما لا توجب دية كاملة كاليد الواحـدة ففى قدر التغليظ قولان (أحدهما) انه يغلظ بخمسين يمينا لأن التغليظ لحرمة الدم وذلك موجود فى اليد الواحدة (والثانى) انه تغلظ بحصته من الدية لأن ديته دون دية النفس فلم تغلظ بما تغلظ به فى النفس) .**

الشرح وان كانت الدعوى فى جنـاية دون النفس فان اليمين لا يكون فى جنبة المدعى ابتداء سواء كان هنـاك لوث أو لم يكن ، لأن الأيمان انما تكون فى جنبة المدعى ابتداء مع اللوث فى القتل لحرمة النفس وهذا لا يوجد فيما دون النفس ، فان لم يكن مع المدعى بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليـه وسلم « لو أن النـاس أعطو بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه » وهل يغلظ عليه اليمين بالعدد بناء على القولين فى الدعوى عليه فى القتل اذا لم يكن هناك لوث • فان قلنا هناك : لا تغلظ عليه الأيمان بالعدد فها هنا أولى ، وان قلنا تغلظ عليه بالعدد فها هنا قولان (أحدهما) لا تغلظ عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « لكن اليمين على المدعى عليه » واليمين اسم للواحدة ، ولأن التغليظ لحرمة النفس فيتعلق بما دون النفس كتغليظ الدية ، فان قلنا : لا تغلظ بالعدد ــ فان كان المدعى عليه واحدا ــ حلف يمينا واحدة ، وان كان جماعة حلف كل واحد يمينا ، وان قلنـا : تغلظ بالعدد ــ فان كان أرش الجنـاية دية كاملة أو أكثر ــ حلف المدعى عليه خمسين يمينا ، وان كان الأرش أقل من دية النفس ففيه قولان (أحدهما) يحلف خمسين يمينا لأن التغليظ لحرمة النفس ، وهذا المعنى موجود فيما قل أرشه أو كثر (والثانى) يقسم الخمسون على الدية فيحلف من الخمسين بقدر ما يدعى عليه من دية النفس •

فـرع اذا كان فى الأيمان كسر دخله الجبر ، لأن ديته دون دية النفس ، فلا يجب عليه أن يحلف عليه ما يحلف على النفس ، فعلى هذا ان كان المدعى عليه واحدا حلف القدر المغلظ عليه اما خمسين يمينا فى أحد القولين أو يسقط الأرش من الخمسين •

فـرع اذا كان المدعى عليه جماعة فهل يحلف كل واحد منهم ما يحلفه الواحد اذا كان مدعى عليه ، أو يقسم الأيمان التى يحملها الواحد على عدد رءوسهم ويجبر الكسر ؟ قولان مضى ذكرهما ، فيحصل من هذا أنه اذا ادعى قطع يده على جماعة فكم يحلف كل واحد منهم ؟ فيه خمسـة

أقوال (أحدها) أن كل واحد منهم يحلف خمسين يمينا (الثانى) أن كل واحد منهم يحلف خمسا وعشرين يمينا (الثالث) يقسم الخمسون يمينـا عليهم على عدد رءوسهم ويجبر الكسر (الرابع) تقسم الخمس والعشرون يمينا عليهم على عدد رءوسهم ويجبر الكسر (الخامس) أن كل واحد منهم يحلف يمينا واحدة فان كان المدعى عليه واحدا فنكل ورد الأيمان ـ فان كان المدعى واحدا ـ حلف ما يحلفه المدعى عليه ، وان كانوا جماعة فهل يحلف كل واحد منهم ما يحلفه المدعى عليه ؟ أو تقسم الأيمان التى يحلفها المدعى عليه على المدعين على قدر مواريثهم ويجبر الكسر ؟ فيه قولان مضى بيانهما .

قال ابن الصباغ : وهذا فى دعوى جناية العمد المحض ، فأما الدعوى فى الخطأ المحض أو عمد الخطأ ، فان اليمين فيه واحدة على المدعى عليه وعلى المدعى عند النكول قولا واحدا ، لأن ذلك دعوى فى المال ، وأما الشيخان أبو حامد وأبو اسحق فلم يذكرا الفرق بين العمد والخطأ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **فان كانت الدعوى فى قتل عبد وهناك لوث ففيه طريقـان (احدهما) أنه يبنى ذلك على أن العاقلة هل تحمل قيمته بالجنـاية ؟ فان قلنا : تحمل العاقلة قيمته تثبت فيه القسامة للسيد ، وان قلنا : لا تحمل لم تثبت القسامة (والثانى) وهو قول أبى العباس أن للسيد القســامة قولا واحدا ، لأن القسامة لحرمة النفس فاستوى فيه الحر والعبد كالكفارة . فان قلنا : ان السيد يقسم اقسم المكاتب فى قتل عبده ، فان لم يقسم حتى عجز عن أداء الكتابة أقسم المولى ، وان قتل عبد وهناك لوث ووصى مولاه بقيمتـه لأم ولده ولم يقسم السيد حتى مات ولم تقسم الورثة فهل تقسم أم الولد ؟ فيه قولان (أحدهما) تقسم (والثانى) لا تقسم كما قلنا فى غرماء الميت اذا كان له دين وله شاهد ولم تحلف الورثة ان الغرماء يقسمون فى أحد القولين ولا يقسمون فى الآخر وقد بينا ذلك فى التفليس) .**

الشرح اذا قتل عبد وهناك لوث فقد نص الشافعى رضى الله

عنه أن للسيد أن يقسم واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيه قولان بناء على القولين فى العاقلة هل تحمل قيمته ؟ فان قلنا : تحملها أقسم السيد ، وان قلنا ، لا تحملها لم يقسم بل القول قول المدعى عليه ، ومنهم من قال : له أن يقسم عليه قولا واحدا على ما نص عليه ، لأن القسامة انما تثبت مع اللوث لحرمة النفس ، وهذا المعنى موجود فى قتل العبد ، فاذا قلنا بهذا فقتل للمكاتب عبد وهناك لوث فللمكاتب أن يقسم لأن المكاتب فى عبده كالحر فى عبده • فان لم يقسم حتى عجز فللسيد أن يقسم • وان أذن لعبده فى التجارة فاشترى عبدا وقتل وهناك لوث وقلنا للسيد أن يقسم فى عبده فان الذى يقسم هو السيد دون المأذون له ، لأن المالك له فى الحقيقة هو السيد •

فـــرع وان أوصى الرجل لأم ولده بعبد فقتل العبد وهناك لوث فللسيد أن يقسم عليه فاذا أقسم كانت قيمته موصى بها وان مات السيد قبل أن يقسم فللورثة أن يقسموا ، لأنهم يقومون مقامه فى اثبات حقه ، فان حلفوا كانت قيمته لأم الولد ان خرجت من الثلث ، وان لم يقسموا فهل لأم الولد أن تقسم ؟ فيه قولان بناء على القولين فى الرجل اذا مات وله دين له به شاهد وعليه دين ولم يحلف الشاهد مع الورثة فهل للغرماء أن يحلفوا ؟ على القولين ، فان قلنا : لها أن تقسم فأقسمت استحقت قيمة العبد ، وان لم تقسم كان لها مطالبة المدعى عليه باليمين • وان قلنا : ليس لها أن تقسم قال القاضى أبو الطيب : فليس لها مطالبة المدعى عليه باليمين • وان دفع السيد اليها عبدا ليخدمها ولم يملكها اياه فقتل العبد وهناك لوث فليس لها أن تقسم وانما الذى يقسم هو السيد فى الحقيقة ، وان ملكها اياه ــ فان قلنا : انه للمالك ــ فهو كما لو لم يملكها ، وان قلنا : انها تملك ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ فى الشامل (أحدهما) أنها تقسم لأنها تملكه فهو كعبد المكاتب (والثانى) أنها لا تقسم ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، لأن ملكها عليه غير مستقر ولهذا يجوز للسيد أن ينزعه متى شاء ، ولا يجوز لها التصرف به بغير اذنه بخلاف عبد المكاتب ، فاذا أقسم كانت القيمة لها •

فــــرع في مذاهب العلماء في هذا الفصل : مذهبنا أنه اذا كان المقتول كافرا أو عبدا وكان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله وهو المماثل له في حاله ففيه القســامة وبهــذا قال أصحاب الرأى وأحمــد بن حنبل وأصحابه • وقال الزهرى والثورى ومالك والأوزاعى : لا قسامة في العبد فانه مال فلم تجب القسامة فيه كقتل البهيمة •

ولنا أنه موجب للقصاص فأوجب القسامة كقتل الحر وفارق البهيمــة فانه لا قصاص فيها ، ويقسم على العبد سيده ، لأنه المستحق لدمه وأم الولد والمدبر والمكاتب والمعلق عتقه بصفة كالقن لأن الرق ثابت فيهم ، فان كان القاتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم يقتل كافرا والحر يقتل عبدا فلا قسامة فيه في ظاهر قول الخرقى الحنبلى ، وهو قول مالك لأن القسامة انما تكون فيما يوجب القود وبه قال ابن قدامة ، لأنه لا يلزم من شرع القسامة فيمــا وجب القصاص شرعها مع عدمه •

ولنا أنه فيهما القسامة وهو قول القاضي من الحنابلة وأصحاب الرأى ، لأنه قتل آدمى يوجب الكفارة فشرعت القسامة فيه كقتل الحر المسلم ، ولأن ما كان حجة في قتل الحر المسلم كان حجة في قتل العبد الكافر كالبينة•

وقال أحمد وأصحابه ما عدا القاضي : انه قتل يوجب القصاص فأشــبه قتل البهيمة ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان قتل مسلم وهناك لوث فلم يقسم وليه حتى ارتد المدعى لم يقسم لانه اذا اقدم على الردة وهي من أكبر الكبائر لم يؤمن أن يقدم على اليمين الكاذبة ، فان أقسم صحت القسامة • وقال المزنى رحمه الله : لا تصح لانه كافر فلا يصح يمينه بالله وهذا خطأ • لأن القصد بالقسامة اكتساب المال ، والمرتد من اهل الاكتســاب • فاذا اقسم وجب القصــاص لوارثه او الدية فان رجع الى الاسلام كان له ، وان مات على الردة كان ذلك لبيت المال فيئــا وقال ابو على ابن خيران وابو حفص ابن الوكيل : يبنى وجوب الدية بقسامته

على حكم ملكه ، فان قلنا : ان ملكه لا يزول بالردة او قلنا : انه موقوف فعاد الى الاسـلام ثبتت الدية ، وان قلنا : ان ملكه يزول بالردة او قلنـا : انه موقوف فلم يسلم حتى مات لم تثبت الدية ، وهذا غلط لأن اكتسابه للمال يصح على الأقوال كلها وهذا اكتساب) .

الشرح نمهد لشرح هذا الفصل بهذه المقدمة وهى ما فات ثبوت منه فى النسخة المطبوعة من المهذب ، ولعلها كانت موجودة فى نسخة أخرى يدل على ذلك ذكر كثير من أصحاب المصنفات على غريب المهذب واشكالات المهذب بعض المسائل التى سنذكرها فى هذا التمهيد مما يدل على أن فصلا من متن المهذب قـد سقط من نسختنا الخطيـة والنسخة المطبوعة وهاك مسائله .

اذا انكشف الزحام عن مسلم وهو مجروح فارتد ومات من جراحته لم تثبت فيه القسامة لأنه انما يقسم وارثه والمرتد لا وارث له ، وانما ينقل ماله الى بيت المال ولا يتعينون ، فان رجع الى الاسـلام ومات من الجـراحة فلورثته أن يقسموا لأنهم يرثون ماله ثم ينظر فيه ـ فان أقام فى الردة زمانا لا تسرى فى مثله الجناية فهل يجب فيه القود فى الجناية اذا قامت بها البينة او الاقرار ؟ فيه قولان . وأما الدية فتجب قولا واحدا ، فاذا قلنا هناك : لا يجب القود فها هنا أولى ، وان قلنا هناك : يجب القود فان الدية تثبت . وان أقام فى الردة زمانا تسرى فيه الجناية فان القود لا يجب قولا واحدا وهل تجب الدية أو نصفها ؟ فيه قولان مضى ذكرهما فى الجنـايات . فان قلنا : تجب فيه جميع الدية كان ذلك لورثته .

فـــرع اذا قتل مسـلم وله ولى فلم يقسـم الولى حتى ارتد فالأولى ألا يعرض عليه الحاكم القسامة لأنه لا يتورع مع ردته عن الأيمان الفاجرة . فان حلف فى حال ردته صحت القسـامة وقال المزنى : لا تصح أيمانه لأنه كافر فلم تصح يمينه ، وهذا خطأ لأن الكافر تصح يمينه ، فاذا أقسم وجب القود على المدعى عليه على القديم ، والدية على القول الجديد ويكون ذلك موقوفا ، فان رجع الى الاسلام استحقه ، وان مات أو قتـل على الردة كان ذلك للمسلمين واستوفاه الامام لهم ، وحكى عن أبى حفص

ابن الوكيل وأبي على بن خيران أنهما قالا : انما تجب الدية بأيمانه على القول الذى يقول : ان ملكه لا يزول بالردة أو قلنا : انه موقوف فرجع الى الاسلام • فأما على القول الذى يقول : ان ملكه يزول بالردة فانه لا يحلف ولا تجب الدية بأيمانه ، وهذا خطأ لأن اكتسابه للمال يصح فى حال ردته على الأقوال كلها ، وهذا من جملة الاكتساب • وان كان مرتدا عند قتل وليه فانه لا يقسم • وكذلك اذا أسلم بعد موت المقتول فانه لا يقسم لأنه ليس بوارث ، فان كان المقتول عبدا فارتد سيده • فان الأولى ألا يعرض الحاكم عليه الأيمان كما مضى وان استحلفه فى حال ردته ثبتت القيمة وكانت موقوفة سواء ارتد بعد موت الغلام أو قبله لأنه يستحق القيمة بالملك لا بالارث •

فــرع وان زال الزحام عن عبد مجروح فأعتق ثم مات العبد من الجراحة ، وجبت فيه دية حر وللسيد أقل الأمرين من أرش الجراحة أو الدية فان كانت الدية أقل أقسم السيد واستحقها ، وان كان الأرش أقل أقسم السيد والورثة ، وهل يقسم كل واحد منهم خمسين يمينا ؟ أو يقسم كل واحد منهم على قدر حصته من الدية ؟ فيه قولان قد مضى ذكرهما ، وقال أبو اسحق المروزى لا يقسم السيد لأنه يقسم على اثبات أرش الطرف والمنصوص هو الأول ، لأن الطرف قد سرى الى النفس •

مسـألة ان ادعى على المحجور عليه للسفه قتل عمد ــ فان أقام عليه البينة حكم له بموجبه ، وان أقر المدعى عليه قبل اقراره لأن القتل يتعلق بدمه فقبل اقراره فيه ، وان أنكر فان كان مع المدعى بينة حكم له بموجب القتل ، وان كان معه لوث أو شاهد أقسم عليه الولى خمسين يمينا واستحق عليه القود فى قوله القديم والدية فى قوله الجديد ، وان لم يكن مع المدعى لوث ولا شاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فان حلف برىء وان نكل ردت اليمين على المدعى ، وهل تغلظ عليه الأيمان ، فيه قولان ، فان حلف استحق عليه القود ، وله العفو عنه على الدية ، وان ادعى عليه قتل خطأ أو عمد فأقر له بذلك فان الشيخ أبا حامد وأصحابه العراقيين قالوا

لا يقبل اقراره ، لأنه حجر عليه لحفظ ماله ، فلو قلنا : يقبل اقراره لبطلت فائدة الحجر ، وقال الخراسانيون : هل يقبل اقراره ؟ فيه قولان ، فاذا قلنا : لا يقبل اقراره لا يلزمه حكمه وان فك عنه في ظاهر الحكم • وأما فيما بينه وبين الله تعالى ــ فان أقر بجناية أو اتلاف مال ــ لزمه ، وان أقر بدين معاملة لم يلزمه ، وان كان مع المدعى لوث حلف خمسين يمينا واستحق الدية على العاقلة ، وان كان معه شاهد عدل حلف معه يمينا واستحق الدية على العاقلة ، لأن المال يثبت بالشاهد واليمين ، وان لم يكن معه لوث ولا شاهد فهل تسمع دعواه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد : فيه قولان بناء على القولين أن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه هل يحلف محل البينة أو الاقرار ؟ ــ فان قلنا : تحل محل البينة أو الاقرار ، فان قلنا : تحل محل البينة سمعت دعواه لأن فيه فائدة وهو أن المدعى عليه اذا نكل ردت اليمين على المدعى ، فاذا حلف كان كما لو أقام البينة • فان قلنا : تحل محل اقرار المدعى عليه لم تسمع الدعوى لأن اقراره غير مقبول وقال ابن الصباغ تسمع الدعوى عليه قولا واحداً ، وان حلف المدعى عليه برىء من الدعوى ، وان نكل لم ترد اليمين على المدعى قولا واحدا ، لأن ذلك بمنزلة اقراره ، واقراره لا يقبل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ومن توجهت عليه يمين في دم غلظ عليه في اليمين لما روى ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه « مر بقوم يحلفون بين الركن والمقام فقال : اعلى دم ؟ قيل : لا قال : افعلى عظيم من المال ؟ قيل : لا قال : لقد خشيت ان يبها الناس بهذا المقام » وان كانت اليمين في نكاح او طلاق او حد قذف او غيرها مما ليس بمال ولا المقصود منه المال غلظ ، لانه ليس بمال ولا المقصود منه المال فغلظ اليمين فيه كالدم • وان كانت اليمين في مال او ما يقصد به المال ــ فان كان يبلغ عشرين مثقالا ــ غلظ وان لم يبلغ ذلك لم يغلظ لأن عبد الرحمن بن عوف فرق بين المال العظيم وبين ما دونه • فان كانت اليمين في دعوى عتق ــ فان كان السيد هو الذى يحلف فان كانت قيمة العبد تبلغ عشرين مثقالا ــ غلظ اليمين ، وان لم تبلغ عشرين مثقالا لم يغلظ • لأن المولى يحلف لاثبات المال ففرق بين القليل والكثير كاروش الجنايات • فان

كان الذى يحلف هو لعبد غلظ قلت قيمته أو كثرت ، لأنه يحلف لاثبات العتق والعتق ليس بمال ولا المقصود منه المال ، فلم تعتبر قيمته كدعوى القصاص ، ولا فرق بين ان يكون فى طرف قليل الارش او فى طرف كثير الارش) .

الشرح أثر عبد الرحمن بن عوف فى تغليظ اليمين أخرجه الشافعي من حديث عكرمة بن خالد أن عبد الرحمن بن عوف « رأى قوما يحلفون بين المقام والبيت فقال : أعلى دم ؟ قالوا : لا قال : فعلى عظيم من الأموال ؟ قالوا : لا قال : خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام » وإسناده منقطع .

اما اللغات فقوله (لقد خشيت أن يبهأ الناس) قال فى القاموس : بهأ به مثلثة الهاء بهئا وبهوءا وبهاء أنس كابتهأ وكقطام امرأة . وما بهأت له : ما فطنت وناقة بهاء وبهأ البيت كمنع أخلاه من المتاع أو خرقة كأبهاه ، والمعنى هنا أى يأنسوا به فتقل هيبته عندهم فيتهاونوا به ويحتقروه .

اما الأحكام فانه من توجهت عليه يمين ــ فان كانت مما ليس بمال ولا المقصود منه المال كالقصاص والنكاح والطلاق وحد القذف وما أشبه ذلك غلظت عليه اليمين ، وان كانت فى مال وما يقصد منه المال ــ فان كان المال عشرين مثقالا أو مائتى درهم غلظت عليه اليمين وان كان دون ذلك لم تغلظ فيه اليمين . وقال أبو على ابن خيران : تغلظ اليمين بالقليل والكثير من المال لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على منبرى يمينا فاجرة ولو على سواك من أراك لقى الله تعالى وهو عليه غضبان » .

فـــرع فى مذاهب العلماء . قلنا : ان كانت فى مال يبلغ عشرين مثقالا أو مائتى درهم غلظت عليه اليمين ، وان كان دون ذلك لم تغلظ وقال أبو على ابن خيران : تغلظ اليمين بالقليل والكثير من المال ، وقال مالك رحمه الله : تغلظ اليمين فيما تقطع به يد السارق .

دليلنا ما روى « أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه مر بقوم يحلفون بين الركن والمقام فقال : أعلى دم ؟ قالوا : لا قال : أفعلى عظيم من المال ؟

قالوا : لا قال : لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المكان » يعنى يستخفون بحرمته ، ففرق بين العظيم وغيره ، والعظيم ها هنا أراد به الكثير لأنه فدية بالدم وذلك يحتمل القليل والكثير ، فكان حمله على النصاب الذى تجب فيه الزكاة أولى ، لأنه القدر الذى يحتمل المواساة •

فـــرع ان كانت اليمين فى العتق ــ فان كان الذى يحلف هـو العبد ــ غلظ عليه اليمين ، سواء قلت قيمته أو كثرت ، لأنه يثبت بيمينه العتق • وان كان الذى يحلف هو السيد ــ فان كانت قيمته أقل من نصاب لم تغلظ عليه اليمين • وان كانت قيمته نصابا غلظت اليمين ، لأن المقصـود بيمينه اثبات المال •

اذا ثبت هذا فان التغليظ فى الأيمان يقع بخمسة أشياء بالعدد واللفظ والمكان والزمان والحال ، فأما العدد فانما يكون بالقسامة واللعان وقـد مضى بيانهما • وأما اللفظ فسيأتى بيانه وأما التغليظ بالمكان والزمان فهو مشروع عندنا فيما ذكرناه وبذلك قال أبو بكر الصديق وعمر وعثمان وعلى وابن عباس وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم وأكثر أهل العلم • وقال أبو حنيفة : هو غير مشروع فى الأيمان •

دليلنا على التغليظ بالزمان قوله تعالى « تحبسونهما من بعد الصـلاة فيقسمان بالله » الآية قال أهل التفسير : أراد به بعد العصر قال القرطبى : قاله الأكثر من العلماء لأن أهل الأديان يعظمون ذلك الوقت ويتجنبون فيه الكذب واليمين الكاذبة • وقال الحسن : صلاة الظهر الى أن قال : وقيل : ان فائدة اشتراطه بعد الصلاة تعظيما للوقت ، وارهابا به لشهود الملائكة ذلك الوقت ، وفى الصـحيح : « من حلف على يمين كاذبة بعد العصر لقى الله وهو عليه غضبان » ومضى رحمه الله فى بيان التغليظ فى الأيمـان فى المكان كالمسجد والمنبر والحطيم خلافا لأبى حنيفة وأصحابه حيث يقولون : لا يجب استحلاف أحد عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم ولا بين الركن والمقام لا فى قليل الأشياء ولا فى كثيرها • والى هذا القول ذهب البخارى ــ رحمه الله ــ حيث ترجم « باب يحلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين

ولا يصرف من موضع الى غيره » وقال مالك والشافعى : ويجلب فى أيمان القسامة الى مكة من كان من أعمالها ، فيحلف بين الركن والمقام ، ويجلب الى المدينة من كان من أعمالها فيحلف عند المنبر وسيأتى فى الفصل بعده مزيد بحث . أما (الحال) فقد روى مطرف وابن الماجشون وبعض أصحاب الشافعى أنه يحلف قائما مستقبل القبلة لأن ذلك أبلغ فى الردع والزجر وقال ابن كنانة : يحلف جالسا قال ابن العربى : والذى عندى أنه يحلف كما يحكم عليه بها ان كان قائما فقائما وان جالسا فجالسا اذ لم يثبت فى أثر ولا نظر اعتبار ذلك من قيام أو جلوس ، قلت : قد استنبط بعض العلماء من قوله فى حديث علقمة بن وائل عن أبيه « فانطلق ليحلف » القيام ــ والله أعلم ــ أخرجه مسلم فثبت مما مضى آنفا أن المكان والحال مما يتعلق بهما تأكيد اليمين ، والمكان الذى يغلظ فيه اليمين أن يكون بأشرف موضع فى البلد الذى فيه اليمين والزمان الذى يغلظ فيه اليمين أن يكون بعد العصر ، وهل يستحب التغليظ بالمكان ؟ أو يجب ؟ فيه قولان ، وقد مضى ذلك فى اللعان ، قال الشافعى رحمه الله : ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف ، وروى ذلك عن ابن عباس وهو حسن . قال أصحابنا ويستحب أن يغلظ عليه باحضار المصحف ، ويضع الحالف يده عليه ، لأنه يشتمل على أسماء الله تعالى وكلامه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **والتغليظ قد يكون بالزمان وبالمكان وفى اللفظ فأما التغليظ بالمكان ففيه قولان (احدهما) انه يستحب (والثـانى) انه واجب . وأما التغليظ بالزمان فقد ذكر الشيخ ابو حامد الاسفراينى رحمه الله انه يستحب وقد بينا ذلك فى اللعان . وقال اكثر أصحابنا : ان التغليظ بالزمان كالتغليظ بالمكان وفيه قولان وأما التغليظ باللفظ فهو مستحب وهو ان يقول : والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشـهادة الرحمن الرحيم ، الذى يعـلم من السر ما يعلم من العلانية لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم « احلف رجلا فقال : قل : والله الذى لا اله الا هو » ولان القصد باليمين الزجر عن الكذب وهذه الألفاظ ابلغ فى الزجر وامنع من الاقدام على الكذب . وان اقتصر على قوله : والله اجزاه لأن النبى صلى الله عليه وسلم اقتصر فى احلاف ركانة على**

قوله : والله . وان اقتصر على صفة من صفات الذات ، كقوله : وعزة الله اجزاه لأنها بمنزلة قوله : والله في الحنث في اليمين وايجاب الكفارة ، وان حلف بالمصحف وما فيه من القرآن فقد حكى الشافعي رحمه الله عن مطرف ان ابن الزبير « كان يحلف على المصحف قال : ورايت مطرفا بصنعاء يحلف على المصحف » قال الشافعي : وهو حسن ولأن القرآن من صفات الذات ولهذا يجب بالحنث فيه الكفارة وان كان الحالف يهوديا احلفه بالله الذى أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق وان كان نصرانيا احلفه بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى وان كان مجوسيا او وثنيا احلفه بالله الذى خلقه وصوره) .

الشرح ان استعمال المؤثرات النفسية واختيار بعض الصيغ والعبارات البالغة من النفس البشرية مبلغ التذكير والاعتبار واختيار بعض الأماكن التى يرتبط وجدان المؤمن بها بنحو ارتباط وقدسية وكذلك اختيار الأوقات التى ورد فيها بعض الأخبار ، كل ذلك اعمال لقوله تبارك وتعالى « وربك يخلق ما يشاء ويختار » وهو سبحانه قد خلق الكائنات واختار منها بنى آدم ، واختار من بنى آدم الأنبياء والمرسلين واختار من رسله صفوة خلقه ليكون خاتم أنبيائه واختار من الأماكن بيوته واختار منها بيته المحرم الذى جعل عرصاته مناسك لعباده ، واختار من الأيام العيدين والجمع ومن الشهور شهر رمضان ثم الأشهر الحرم واختار من الأوقات أوقات الصلوات واختار منها الفجر لقوله تعالى « وقرآن الفجر ان قرآن الفجر كان مشهودا » والعصر لقوله تعالى « حافظوا على الصلاة والصلاة الوسطى » وفى قراءة « صلاة العصر » فتكون هذه الأوقات والأماكن والمصطفين من البشر محل نظر الله تعالى ورعايته واختصاصه اياها بمزيد من بركاته ، فلا غرو اذا كان الجمهور قد جعل الحلف بصيغ مخصوصة فى أوقات مخصوصة وأماكن مخصوصة ضربا من التغليظ الذى تهتز له النفس وتلين له قلوب قاسية وتنتقى من الرجس ضمائر مستعدة والله تبارك وتعالى يقول لنبيه صلى الله عليه وسلم « وقل لهم فى أنفسهم قولا بليغا » ويقول صلى الله عليه وسلم « واستعينوا بالغدوة والروحة وشىء من الدلجة » .

ولنأت الى الفصل فنذكر أخباره بالتخريج ما فيها من علل خفية أو ظاهرة على ما جرينا عليه فى هذه التكملة المباركة نسأل الله الكريم رب

العرش العظيم أن يتقبل منا عملنا فيها وأن يمنحنا التوفيق لاخراجها للناس فيثلج صدور قوم مؤمنين ، ويقر أعين الخاصة المحبين آمين .

خبر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أحلف رجلا فقال : قل : والله الذى لا اله الا هو » الرجل هو عبد الله بن مسعود والرواية أخرجها أحمد والطبرانى من طريق أبى عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه فى قصة قتله أبا جهل قال : فقلت : « يا رسول الله لقد قتل الله أبا جهل ، قال : الله ــ الذى لا اله الا هو ؟ فقلت : الله ــ الذى لا اله الا هو لقد قتلته » ورواه الطبرانى من حديث عمرو بن ميمون عن ابن مسعود بلفظ « آلله ؟ قلت : الله حتى حلفنى ثلاثا » وظاهرها الجر .

وأما حديث ركانة وهو ركانة بن عبد يزيد « أنه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : انى طلقت امرأتى سهيمة ألبتة ووالله ما أردت الا واحدة فردها عليه » أخرجه الشافعى وأبو داود والترمذى وابن ماجه ، واختلفوا هل هو من مسند ركانة عنه ، صححه أبو داود وابن حبان والحاكم وأعله البخارى بالاضطراب وقال ابن عبد البر فى التمهيد ضعفوه هكذا أفاده الحافظ ابن حجر فى التلخيص ، وقد استقصيناه بحثا فى كتاب الطلاق وأما رواية الشافعى فى حلف ابن الزبير على المصحف فقد مضت فى كتاب الأيمان بفقهها وأحكامها .

أما الأحكام فاذا أراد الولى أن يحلف فى القسامة فانه يستحب للحاكم أن يغلظ عليه باللفظ ، قال الشافعى رضى الله عنه : فيقول : والله أو بالله أو تالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، لقد قتل فلان ابن فلان الفلانى ــ ويشير اليه ان كان حاضرا ــ فلان ابن فلان الفلانى عمدا أو خطأ على حسب ما ادعاه منفردا بقتله ما شركه فيه غيره ان كان ادعى عليه أنه انفرد بقتله . وان ادعى القتل على اثنين قال : لقد قتل فلان وفلان ويرفع فى نسبهما فلان بن فلان ويرفع فى نسبه منفردين بقتله ما شركهما فيه غيرهما ، فيعد هذه يمينا ثم يحلف كذلك حتى يكمل خمسين يمينا ويكون اسم الله

تعالى محفوظا ، فان رفع الحالف اسم الله تعالى أو نصبه قال الشافعى رضى الله عنه : أحببت للحاكم أن يعيد عليه ، فان لم يفعل أجزأه ، سواء تعمده أو لم يتعمده ، لأن ذلك لحن لا يحيل المعنى ولا يحتمل غير ذلك ، فان اقتصر الحاكم على قوله : والله أجزأه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم اقتصر فى تحليف ركانه على قوله (والله) وكذلك اذا حلفه بصفة من صفات الذات كقوله : وعزة الله ، وعلم الله ، وما أشبههما أجزأه لأنها يمين بالله فهى كقوله : والله .

فــرع اعلم أن قوله من صفات الذات هو من كلام المتكلمين الذين يقسمون الصفات الى صفات ذات وصفات أفعال ، ولم يكن السلف رضوان الله عليهم من الصحابة والتابعين يخوضون فيما خاض فيه الخلف بعد انتشار بدعة الكلام الذى أخذت مقاييسه ومعاييره من منطق اليونان . وما أضاع مجد الاسلام ولا ثل عرشه الا هذا الجدل والنزاع وتفرق المسلمين فى هذا مذاهب يكفر بعضهم بعضا ولم يكن مناص من انتهاء هذا النزاع [1] الى صراع بين الفقهاء والعامة من جهة والفلاسفة والعلماء من جهة أخرى الى انهيار الحضارة الاسلامية والى انطفاء جذوتها .

ولم تكن مسألة الصفات الالهية موضع خلاف بين الصحابة أو التابعين أو كبار الأئمة كمالك والشافعى وأحمد ، اذ كان للمسلمين من الشغل بتثبيت دعائم الاسلام وارساء قواعد ملكه واعداد قوته ودولته ما يغنيهم عن الكلام فى صفات الذات وصفات الأفعال ، ومع ذلك فقد كانوا يؤمنون بالصفات كما وردت صارفين حقيقة ظاهرها عن نسبته الى الله تعالى أخذا من قوله تعالى « ليس كمثله شىء وهو السميع البصير » وقوله تعالى « أفمن يخلق كمن لا يخلق » مما يعد برهانا على استحالة المماثلة بين المخلوق وخالقه . ولكن وقد وردت العبارة فى كلام المصنف فانا لها شارحون . قال الامام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد فى كتابه مناهج الأدلة فى عقائد أهل الملة : « وهى سبعة : العلم والحياة

---

(١) راجع مقدمة مناهج الأدلة لابن رشد بقلم الدكتور محمود قاسم .

والقدرة والارادة والسمع والبصر والكلام » ثم أخذ فى بيان كل صفة ، ولقد ناقش المتكلمون صفة الكلام هل هى من صفات الأفعال أو من صفات الذات وخلصوا الى أنها من صفات الذات واستدلوا على ذلك بأدلة عقلية وبيت من الشعر يقول :

ان الكلام لفى الفؤاد وانما جعل اللسان على الفؤاد دليلا

على أن من المسائل التى اختلف فيها المتكلمون مسألة صفات الأفعال كالرأفة والرحمة والخلق والرزق ، وتلك بدعة لم يكن السلف يفرقون بين صفات الذات وصفات الأفعال ، كذلك لم يتفق المتكلمون على تحديد هذه الصفات أعنى صفات الأفعال ، فالمعتزلة لا يعترفون من صفات الذات الا بالعلم والقدرة وهما اللتان لا يجوز وصف الله بضدهما ، بينما يرون أن كل صفة يمكن أن يجرى عليها النفى والاثبات تعد من صفات الأفعال ، ولذا قالوا : ان الخلق والرزق والكلام والارادة كلها صفات أفعال وهى حادثة عندهم ، أما الأشاعرة فيذهبون الى أن صفات الأفعال هى التى لا يلزم من نفيها نقيضها كالاحياء والخلق والرزق وهى حادثة عندهم أيضا ، فهم يخالفون المعتزلة اذن فى صفتى الكلام والارادة لأنهما من صفات الذات ، ولأنهما قديمتان فى رأيهم ، وهذا هو منشأ الخلاف بينهم فى مسألة القرآن أهو قديم أم حادث ، أما الماتريدى فرغب عن رأى هاتين الطائفتين وقال بأن صفات الأفعال قديمة كصفات الذات سواء بسواء هذا الى أنه يسوى بين صفات الأفعال كلها ويجمعها فى صفة واحدة هى صفة التكوين وهذا يشبه الى حد ما فعله المعتزلة من التسوية بين العلم والقدرة وذاته تعالى . وكل هذه القضايا الجدلية لم يكن للسلف كما قلنا احتفال بها ولا احتفال بتعقبها أو البحث عما يفضى الى تسويغ انشاء علم الكلام عند الخلف تحقيقا لما تمناه السلف ، ولم يكن الخلف قد حققوا ما ينشده السلف وانما ذهبوا الى وصف طريق السلف بالسلامة ووصف طريق الخلف بالعلم والحكمة فقالوا : مذهب السلف أسلم ومذهب الخلف أعلم وأحكم ، مما حدا بابن القيم أن يقول نقلا عن شيخه الامام تقى الدين ابن تيمية « مذهب السلف أسلم وأعلم وأحكم » وهو حكم صادق لا مرية فيه .

فــــرع وأما قوله لقد قتـــل فلان بن فلان بن فلان بن فلان منفردا بقتله اذا ادعى أنه انفرد بقتله فهى شرط فى القسامة ، لأن الجمـــاعة اذا اشتركوا فى قتل فكل واحد منهم قاتل ، الا أن كل واحد منهم لا يجب عليه من الدية الا بقسطه . فاذا لم يقل منفردا بقتله يتأول لقد قتله فيؤخذ منه الدية الكاملة فى حين أنه لا يجب عليه الا بقسطه فاذا قال : منفردا نفى ذلك . وأما قوله : ما شركه فيه غيره فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : ان ذلك تأكيد لا شرط ، وقوله : منفردا فعلا الا أن غيره آكرهه على قتله ، فيكون المكره له مشاركا له فى قتله حكما ، ويجب عليه نصف الدية بلا خلاف على المذهب ، فقد تناول الخلاف فى قوله : منفردا بقتله أى فعلا ولا يحنث . فاذا قال : ما شركه فيه غيره انتفى الاشتراك فعلا وحكما . فان قيل : فالاعتبار عندكم بينة الحاكم لا بينة الحالف ، والحنث يقع على ما نواه الحاكم لا على ما نواه الحالف ، قيل : قد يكون هذا الحالف جاهلا لا يعلم ذلك ، وربما ظن أن الاعتبار بما نواه الحالف ، فتقدم على اليمين الكاذبة ، ويعتقد أنه لا يحلف على ما نواه ، فاذا حلفه الحاكم مثل ما ذكرناه لم يقدم على اليمين الكاذبة .

فــــرع وان حلف المدعى عليه أنه ما قتل فانه يقول : والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية قال الشافعى رحمه الله : وينفى ستة أشياء فيقول : ما قتلت فلان بن فلان الفلانى ، ولا أعنت على قتله ، ولا ناله من فعلى ، ولا من سبب فعلى شىء جرحه ، ولا وصـــل شىء الى من بدنه ، ولا أحدثت شيئا مات منه .

فأما قوله : (ما قتلتـــه) فانه ينفى أنه باشر قتله وحـــده ، وأما قوله (ولا أعنت على قتله) فانه ينفى أنه ما جرحه هو وغيره جراحات فيمـــوت منها ، واذا لم يقل ذلك فربما اعتقد بقوله : ما قتلته أى ما انفرد بقتله وأما قوله (ولا ناله من فعلى) يعنى أنه لم يصبه بسهم ولا حجر ، وأما قوله (ولا ناله من سبب فعلى شىء جرحه) لأنه قـــد يرمى حجرا بحجر يصيب

الحجر فتقع الاصابة ، أو يضرب بالمسدس زجاجا فتتناثر شظاياه فتصيبه فتقتله فيكون قد أصابه بسبب فعله • وأما قوله : (ولا وصل الى شيء من بدنه) يعنى لم يسقه سما فمات منه • وأما قوله (ولا أحدثت شيئا مات منه) يعنى أنه لم يحفر بئرا فى طريق الناس أو نصب فيه سكينا فيموت بذلك • فان قيل : فعندكم لا تصح الدعوى فى القتل الا مفسرة بكونها عمدا أو خطأ أو عمد خطأ ، وتكون يمين المدعى عليه على نفى ما ادعى عليه من ذلك واعلم أنه لما ذكر الشافعى رضى الله عنه أنه يحلف على نفى جميع الأسباب فيكون نافيا لقتل العمد والخطأ وعمد الخطأ • فاختلف أصحابنا فى الجواب فمنهم من قال : انما صور الشافعى رضى الله عنه أن هذا فى الدعوى اذا كانت لصغير أو مجنون أو سفيه ، فان الحاكم يستظهر له فى اليمين على المدعى عليه كذلك ، فأما اذا كانت الدعوى لمن لا ولاية للحاكم عليه فانه لا يحلف الا على نفى دعواه عليه ، وقال أبو اسحاق المروزى : ما ذكره الشافعى رحمه الله ها هنا يدل على قول آخر له أن الدعوى فى القتل تصح مطلقة ومقيدة ، ووجهه أن الدعوى فى ذلك تكون بالظن دون العلم والمشاهدة ، فعلى هذا ان كانت الدعوى مقيدة لم يحلف المدعى عليه الا على نفى ما ادعاه المدعى • وان كانت الدعوى مطلقة فان الحاكم يحلفه على نفى جميع أنواع القتل على ما مضى قال أصحابنا : وهذا خلاف المذهب•

فـــرع وان كان الحالف يهوديا فانه يستحب أن يغلظ عليه فى يمينه باللفظ فيقول : والله الذى أنزل التوراة على موسى وأنجاه من الغرق لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « حلف يهوديا فقال : قل : والله الذى أنزل التوراة على موسى ما له عليك حق » ولأنهم يعتقدون تعظيم ذلك • وان كان نصرانيا أحلفه بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى لأنهم يعتقدون تعظيم ذلك ، وان كان مجوسيا أحلفه بالله الذى خلقه وصوره ورزقه لأنه يعتقد تعظيم ذلك ، وان كان شيوعيا أحلفه بمعتقده فيقول : أقسم بمعتقدى • لأنا رأيناهم يفعلون ذلك •

فـــرع اذا حلف الولى مع اللوث وأخذ الدية ثم قال : الذى أخذته حرام سئل عن ذلك فان قال : ظلمت فى الأيمان ولم يكن المدعى عليه

فى المحلة وقت قتل مورثى ، أو كان فيها ولم يقتل مورثى ، وجب على الولى رد الدية ، وان قال : أردت أن الذى أعطانيه مغصـــوب ـ فان عين الذى منه ـ لزمه رده عليه ولا يكون له الرجوع بذلك على الذى أخذ منه الدية لأنه لا يقبل قوله ، وان لم يعين الذى غصب منه لم يلزمه رده على أحــد القولين وان قال : أردت أنى اعتقدت أن الأيمان مع اللوث فى جنبة المدعى عليه كقول أبى حنيفة قلنا له : اجتهاد الحــاكم أولى من اجتهــادك • قال المسعودى : وهكذا لو مات رجل وخلف ابنــا فقال الابن لا أرثه لأنه كان معتزليا أو رافضيا والمعتزلى والرافضى كافران فقــد قال القفــال والشيخ أبو حامد : المعتزلى والرافضى ليسا بكافرين ومن أصحابنا من قال بتكفير أهل الأهــواء وعليه أكثر أهل الأصــول • وكذلك لو قضى قاض حنفى لشافعى بالشفعة للجار فقال المقضى له : أخذت الباطل قلنا له : أنت مخطىء ويحل لك اعتبارا بحكم الحاكم لا باجتهادك ، فان ادعى المدعى عليــه أن الولى أراد بقوله ذلك أن المدعى عليه ليس بقاتل ، وقال الولى : بل أردت أحد التفسيرين الآخرين فالقول قول الولى مع يمينه لأنه أعلم بما أراد •

فــــرع وان كانت اليمين على رجل مزمن أو مريض أو لا يقــدر على الخروج الى الموضــع الشريف لم يكلف الخروج اليه ، لأن فى ذلك مشقة وقد سقط عنه بعض الواجبات بالعجز عنه كالقيام فى الصلاة • وان كانت اليمين على امرأة ـ فان كانت برزة ـ وهى التى تبرز فى حوائجها ـ فانه يغلظ عليها اليمين بالمكان والزمان الا أن تكون حائضا ، فلا يجوز أن تدخل المسجد بل تحلف على باب المسجد • وان كانت غير برزة وهى التى لا تخرج فى حوائجها فان الحاكم يبعث اليها من يحلفها • وهل يغلظ يمينها بالمكان ؟ فيه قولان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) أنها تحضر الى المكان الشريف فتحلف فيه لأنه تغليظ مشروع فى اليمين ، فشرع فى حقها كالتغليظ بالزمان والألفاظ (والثانى) أنها لا تحضر الى المكان الشريف ، بل تحلف فى بيتها لأن خدرها اذا منع من احضارها مجلس الحكم جرى مجرى المرض فسقط به التغليظ فى المكان •

فــــرع اذا حلف رجل يمينا بالطلاق أو غيره أن لا يحلف يمينا

مغلظة فتوجهت اليمين المغلظة عليه بالزمان والمكان فامتنع من ذلك — فان قلنا : ان التغليظ بذلك واجب —قيل له : اما أن تحلف يمينا مغلظة بذلك وتحنث فى يمينك ، والا جعلناك ناكلا • وان قلنا : ان التغليظ بذلك مستحب لم يكلف أن يحلف يمينا مغلظة ولا يحكم عليه بالنكول بالامتناع من ذلك • وان امتنع من التغليظ باللفظ لم يحكم عليه بالنكول بذلك ، هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال المسعودى : لو امتنع من التأكيد بالزمان والمكان كان نكولا منه ، ولو امتنع من التغليظ باللفظ ففيه وجهان •

فـائدة ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن عبد المطلب بن عبد مناف ابن قصى القرشى المطلبى • كان من مسلمة الفتح وكان من أشد الناس بنية وهو الذى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصارعه ، وذلك قبل اسلامه ففعل وصرعه رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتين أو ثلاثا • ومن حديثه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان لكل دين خلقا وخلق هذا الدين الحياء » توفى كانة فى أول خلافة معاوية سنة ٤٢ •

أما سهيمة زوج ركانة فانها بنت عمير المزنية والحديث فى تطليق ركانة رواه الشافعى من حديث عمه عبد الله بن السائب عن نافع بن عجير عن عبد يزيد أن ركانة أخبر بذلك • قال البخارى : حدثنا على حدثنا يعقوب بن ابراهيم بن سعد حدثنا أبى عن ابن اسحاق قال حدثنى محمد بن نافع بن عجير قال : وكان ثقة سمع عبد الله بن الحرث بن عويمر المزنى قال : كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمتى سهيمة بنت عمير قضاء ما قضى به فى امرأة غيرها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل ولا يصح اليمين فى الدعوى الا ان يستحلفه القاضى لان ركانة ابن عبد يزيد قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « يا رسول الله انى طلقت امراتى سهيمة البتة والله ما اردت الا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة ؟ قال ركانة : والله ما اردت الا واحدة » ولان الاعتبار بنية الحاكم ، فاذا حلف من غير استحلافه نوى ما لا

يحنث به فيجعل ذلك طريقا الى ابطال الحقوق وان وصل بيمينه استثناء او شرطا او وصله بكلام لم يفهمه اعاد عليه اليمين من اولها وان كان الحالف اخرس ولا يفهم اشارته وقف الأمر الى أن يفهم اشارته فان طلب المدعى ان يرد اليمين عليه لأن رد اليمين يتعلق بنكول المدعى عليه ولا يوجد النكول ، كان الذى عليه اليمين حلف بالطلاق انه لا يحلف بيمين مغلظة فان كان التغليظ مستحقا عليه لزمه أن يحلف ؟ وان حنث فى يمينه بالطلاق كما لو حلف بالطلاق انه لا يحلف عند القاضى فان امتنع جعل ناكلا وردت اليمين على خصمه وان كان التغليظ غير مستحق لم يلزمه أن يحلف يمينا مغلظة وان امتنع من التغليظ لم يجعل ناكلا) .

الشرح حديث ركانة مضى فى الفصل قبله .

اما الأحكام فانه لا يصح اليمين الا بعد أن يستحلفه الحاكم لما ورد فى خبر ركانة بن عبد يزيد أنه قال : « يا رسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة ألبتة والله ما أردت الا واحدة فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما أردت الا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت الا واحدة » فموضع الدليل أن ركانة حلفه قبل أن يستحلفه النبى صلى الله عليه وسلم فلم يعتد النبى صلى الله عليه سلم بيمينه بل استدعا منه اليمين ثانيا ، ولأن اليمين تقع على بينة الحاكم حتى لا يمكن الحالف أن يتأول فيها فيخرج منها . فلو قلنا : تصح يمينه قبل أن يستحلفه الحاكم لم يؤمن أن يحلف وينوى ما لا يحدث به . قال أصحابنا : وفى خبر ركانة اثنتا عشرة فائدة .

(احداها) يجوز الاقتصار فى اليمين على اسم الله تعالى .

(الثانية) يجوز حذف القسم لأنه فيه فى بعض الطرق أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : والله ما أردت الا واحدة فقال ركانة : والله ما أردت الا واحـدة .

(الثالثة) أن اليمين قبل استحلاف الحاكم لا تصح .

(الرابعة) أن الثلاث لا تقع بقول : ألبتة .

(الخامسة) أنه لو أراد ايقاع ما زاد على واحدة لوقع .

(السادسة) أن ايقاع الثلاث ليس بمحرم •

(السابعة) أنه يقع بالبينة طلقة رجعة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ردها عليه •

(الثامنة) أن المرجع الى نية المطلق •

(التاسعة) أن الطلاق يقع بالصفات والمصادر ، لأن قوله : البتة مصدر •

(العاشرة) أن اليمين يعرض فى الطلاق •

(الحادية عشرة) أن الاشهاد ليس بشرط فى الرجعة لأنه لم ينقل أنه كان مع النبى صلى الله عليه وسلم غيره •

(الثانية عشرة) أن الرجعة لا تفتقر الى رضا المرأة والولى ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعتبر رضاهما •

فـــرع قال فى الأم : اذا حلف واستثنى فى يمينه مثل أن يقول : والله ان شاء الله ، اعتدت عليه لليمين ، لأن الاستثناء يرفع اليمين ، فكذلك اذا وصل يمينه شرطا وكلاما لم يفهم أعيدت عليه اليمين لجواز أن يكون صرف اليمين عما نواه الحاكم • وان كان من وجبت عليـه اليمين أخرس لا تفهم اشارته وقف اليمين الى أن تفهم اشارته • فان سأل المدعى أن يرد عليه اليمين لم يرد عليه اليمين ، لأنه لم يتحقق نكوله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حلف على فعل نفسه فى نفى او اثبات حلف على القطع لان علمه يحيط بحاله فيما فعل وفيما لم يفعل وان حلف على فعل غيره فان كان فى اثبات حلف على القطع لأن له طريقا الى العلم بمـا فعل غيره ، وان كان على نفى حلف على نفى العلم فيقول والله لا اعلم انى ابى اخذ منك مالا ولا اعلم ان ابى ابرأك من دينه لانه لا طريق له الى القطع بالنفى فلم يكلف اليمين عليه) •

الشرح اذا توجهت اليمين على انسان وأراد أن يحلف فان كان يحلف على فعل نفسه فانه يحلف على البت والقطع ، سواء حلف على الاثبات أو النفى ، وان كان يحلف على فعل غيره نظرت ــ فان حلف على الاثبات ــ حلف على البت والقطع ، وان حلف على النفى حلف على العلم وبه قال أهل العلم كافة ، وذهب الشعبى والنخعى الى أن الايمان كلها على البت والقطع. وذهب ابن أبى ليلى الى أن الأيمان كلها على نفى العلم .

دليلنا ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم حلف عبد الله بن مسعود فقال : قل والله الذى لا اله الا هو لقد قتلت أبا جهل فحلفه على البت لأنه حلفه على فعل نفسه مع أن معاذا ومعوذا ابنى عفراء ذكرا للنبى صلى الله عليه وسلم أيضا أنهما قتلاه وحين رأى النبى صلى الله عليه وسلم سيفيهما مخضبين قال : كلاكما قتله وروى وائل ابن حجر أن رجلا من حضرموت ادعى على رجل من كندة أرضا بالمدينة بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمى : اغتصبها أبوك وقال الكندى : أرضى وفى يدى أزرعها فقال الحضرمى : تحلف بالله الذى لا اله الا هو لا تعلم أن أباك اغتصبها ، فتهيأ الكندى لليمين » فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم سؤال الحضرمى للكندى أن يحلف على نفى علمه وهــذا الحديث الذى أخرجه مســلم يدل على أن حكم اليمين على نفى فعل الغير هــكذا ولأن الانسان يمكنه الاحاطة بما فعل وبما لم يفعل ، ولذلك كلف على فعل نفسه أن يحلف على البت والقطع فى الاثبات والنفى ، ويمكنه التوصل الى العلم بما فعل غيره فكلف اليمين على الاثبات فيه على البت ، ولا يتوصــل الى العلم بما لم يفعل غيره فلم يكلف اليمين على الاثبات . قال الشافعى رضى الله عنه : فان حلف بعض الحكام على القطع والنفى فيما يحتاج أنه يحلف فيه على نفى العلم جاز ذلك وينصرف ذلك الى الاستحلاف على نفى العلم دون القطع واليقين . والله تعالى أعلم بالصــواب وله الحمــد والمنة على كل حال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان ادعى عليه دين من بيع أو قرض فأجاب بانه لا يستحق عليه شيء ولم يتعرض للبيع والقرض لم يحلف الا على ما أجاب ولا يكلف أن يحلف على نفى البيع والقرض لأنه يجوز أن يكون قد استقرض منه أو ابتاع ثم قضاه أو برأه منه ، فاذا حلف على نفى البيع والقرض حلف كاذبا ، وأن اجاب بانه ما باعنى ولا اقرضنى ففى الاحلاف وجهان (احدهما) أنه يحلف انه لا يستحق عليه شيء ، ولا يكلف أن يحلف على نفى البيع والقرض لما ذكرنا من التعليل (والثـانى) أنه يحلف على نفى البيع والقرض لأنه نفى ذلك فى الجواب فلزمه أن يحلف على النفى ، فان ادعى رجل على رجل ألف درهم فأنكر حلف انه لا يستحق عليه ما يدعيه ، ولا شـيئا منه ، فان حلف أنه لا يستحق عليه الألف لم يجـزه لأن يمينه على نفى الالف لا يمنع وجـوب بعضها) •

الشرح اذا ادعى رجل على رجل أن له على أبيه دينا لم تسمع دعواه عليه الا بعد أن يدعى موت أبيه وأن فى يديه تركة له ، وأنه يستحق ذلك الحق منها لأنه اذا لم تكن فى يده تركة لم يلزمه قضاء الدين من مال نفسه ، فان أنكر المدعى عليه موت أبيه فالقول قوله مع يمينه ويحلف على نفى العلم وقال ابن القاص : يحلف على القطع لأنه يمكنه الاحاطة بذلك ، والأول أصح لأنها يمين على فعل الغير ؛ فان أنكر التركة فى يده حلف أنه ما وصل اليه ما فيه وفاء بالدين ولا ببعضه ، ولا يلزمه أن يحلف ما خلف أبوه شيئا ، لأنه قد يخلف شيئا ولم يصل •

فـــرع اذا ادعى رجل على رجل دينا فقال المدعى عليه قد أبرأتنى من الدين فقـد أقر بالدين عليه ، لأن دعواه البراءة تتضمن ثبـوت الدين عليه ، فان أقام البينة على البراءة برىء ، وان لم يقم بينة فالقول قول من له الدين مع يمينه لأن الأصل عدم البراءة •

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ويحلف بالله ان هذا الحق (ويسميه بما يقربه معلوما) لثابت عليه ، وأنه ما اقتضاه ولا شيئا منه ولا أبرأه منه ولا من شيء منه وانه لثابت عليه الى أن حلف هذه اليمين•وقال فى موضع آخر : يحلف بالله ان هذا الحق (ويسميه) لثابت عليه وما اقتضاه

ولا شيئا منه ، ولا اقتضاه أحـد بأمره ولا شيء منه ولا اقتضى بغير اذنه فوصل اليه أ هـ •

واختلف أصحابنا فى هـذا ، فقال بعضهم : ان كان المدعى قـد ادعى البراءة بجهة خاصة بأن يقول : قبض هذا الحق منى وأبرأنى منه أو أحال به على ، فان المدعى عليه يحلف على نفى تلك الجهة فحسب ، فان ادعى البراءة منها فيحتاج أن يحلف على نفى تلك الجهة فحسب ، فان ادعى البراءة مطلقا فيحتاج أن يحلف على نفى هذه الجهات لينفى الاحتمال من جميع الوجوه •

قال الشيخ أبو حامد : وانما حلف أنه ما اقتضى بغير أمره فوصل اليه لأنه اذا قبضه غيره بغير أمره ثم وصل اليه برىء ، ومن أصحابنا من قال : يكفيه أن يحلف أنه ما برىء اليه منه أو أنه لم يبرأ من ذلك الحق بقول ولا فعل ، لأنه يدخل تحت ذلك سائر جهات البراءة • وما ذكره الشافعى رحمه الله تعالى انما ذكره على سبيل الاستحباب لا على سبيل الشرط •

فـرع وان ادعى على رجل أنه غصب منه شيئا أو أقرضه شيئا فقال المدعى عليه : لا حق لك أو لا يستحق على ذلك يصح الجواب واذا أراد المدعى عليه أن يحلف فانه يحلف أنه لا يستحق عليه ذلك ، ولا يكلف اليمين أنه لم يغصبه منه أولم يقترض منه ، لأنه قد يغصب منه أو يقترض منه ثم يقضه اياه أو يبريه منه ، ولا بينة له على ذلك • فاذا حلف أنه لم يغصب منه أو لم يقترض منه كان حانثا فى يمينه ، وان أقر له بذلك لم يقبل قوله ، فلزمه الحق المدعى به عليه •

فـرع وان قال المدعى عليـه فى الجواب ما غصبت منك أو ما اقترضت منك وسأل المدعى عليه احلافه ــ فان قال المدعى عليه : أحلف ما غصبت منك أو ما اقترضت منك ــ كان له ذلك • وان قال : أحلف أنك لا تستحق على ذلك أو لا حق لك على فهل له ذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما)

أن له ذلك لما ذكرناه فى التى قبلها • (والثانى) ليس له ذلك ، بل يكلف اليمين أنه ما غصب منه ولا اقترض منه • لأنه لما أجاب بذلك علم أنه يمكنه أن يحلف عليه فلزمه أن يحلف عليه •

فـــرع قال فى البيان : ولابد أن يحلف المدعى عليه أنه لا يستحق عليه ذلك ولا بعضه ، فلا يجب على نفى استحقاق الجميع والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **وان كان لجماعة على رجل حق فوكلوا رجلا فى استحلافه لم يجز ان يحلف لهم يمينا واحدة لان لكل واحد منهم عليه يمينا فلم تتداخل فان رضوا بان يحلف لهم يمينا واحدة ففيها وجهان (احدهما) انه يجوز كما يجوز ان يثبت ببينة واحدة حقوق الجماعة (والثانى) وهو المذهب انه لا يجوز لأن القصد من اليمين الزجر ، وما يحصل من الزجر بالتفريق لا يحصل بالجمع فلم يجز وان رضوا كما لو رضيت المراة أن يقتصر الزوج فى اللعان على شهادة واحدة •)**

الشرح اذا ادعى رجلان أو جماعة على رجل حقا فأنكر المدعى عليه ولا بينة لهم ، فان الحاكم يحلفه لكل واحد منهم يمينا ، فان حلفه يمينا لهم بغير رضاهم لم يعتد بهذه اليمين • وحكى أن القاضى اسماعيل المالكى حلف رجلا يمينا بحق رجلين فخطأه أهل عصره • وان رضى المدعيان أو الجماعة أن يحلف المدعى عليه لهم يمينا واحدة ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأن الحق لهم وقد رضوا (والثانى) لا يصح وهو الأصح لأن اليمين حجة فى حق كل واحد منهم ، فاذا رضى بها الجماعة فى حقوقهم صارت الحجة ناقصة فى حق كل واحد منهم ، والحجة الناقصة لا تكمل برضا الخصم كما لو رضى الخصم أن يحكم عليه بشاهد واحد فانه لا يصح والله تبارك وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وهو حسبى ونعم الوكيل •

وهذا آخر ما فتح الله به على فى شرح الجزء الثانى والعشرين ويليه (الجزء الثالث والعشرون) وهو آخر أجزاء المجموع (وأوله) .

كتاب الشهادات

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه وسلك طريقه وسلم تسليما كثيرا والحمد لله رب العالمين .

فهـارس الجـزء الثـاني والعشرون

من المجموع شرح المهذب

اولا : الآيـات القرآنيـة

ثانيا : الاحاديث والآثـار والاخبار

ثالثا : الشـــعر

رابعا : الأعــلام

خامسا : الاحكــام



اولا : فهرس الآيات القرآنية

الآية ورقمها — الصفحة

الآية ورقمها	الصفحة

(حرف الخاء)

(حرف الذال)

(حرف العين)

(حرف الفـاء)

(حرف القاف)

الآية ورقمها — الصفحة

(حرف الميم)

الآية ورقمها	الصفحه
(حرف الواو)	
« واجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور حنفاء لله غير مشركين به » آية ٣٠ : الحج	٣٥٩
« واحل لكم ما وراء ذلكم » آية ٢٤ : النساء ..	٢٨٥
« واذا حضر القسمة اولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا » آية ٨ : النساء	٤٢٠ ، ٤٢٢
« واذا ادعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون » آية ٤٨ : النور	٢١٣
« واذ قتلم نفسا فادارأتم فيها والله مخرج ما كنتم تكتمون . فقلنا اضربوه ببعضها كذلك يحى الله الموتى » آية ٧٢ ، ٧٣ : البقرة	٥٦٦
« واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى » آية ٢٨٢ : البقرة	٢٤٧ ، ٣٥٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٢
« والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما » آية ٦٨ : الفرقان	٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤
« والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون » آية ٥ : المؤمنون	٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٨
« والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم » آية ٤ ، ٥ : النور	٩١ ، ٩٢ ، ٩٣ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٢٤ ، ١٣١

الآية ورقمها — الصفحة

الآية ورقمها ... الصفحة

(حرف الياء)

ثانيـا : الأحاديث والآثار والأخبار

الحديث | الصفحة

الحديث	الصفحة
ان النبى ﷺ عرض اليمين على قوم فاسرعوا فامر أن يسهم بينهم فى اليمين أيهم يحلف	٤٦٨
ان النبى ﷺ قال : ان من التمر لخمرا وان من البر لخمرا وان من الشعير لخمرا وان من العسل لخمرا	٢٥٤
أن النبى ﷺ قال لأسامة لما تشفع فى حد من حدود الله اذا انتهت الى فليست بمتروكة	٣١٩
لان النبى ﷺ قال لعبد الرحمن بن سمرة : يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان اعطيتها عن غير مسئلة اعنت عليها وان اعطيتها عن مسئلة وكلت اليها	٣١٧
ان النبى ﷺ قال للأنصار تحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم	٥٧٠
ان النبى ﷺ قال للرجل الذى سأله على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها	٧٠
ان النبى ﷺ قال لليهود وبدأ بهم : يحلف منكم خمسون رجلا فأبوا فقال للأنصار : استحقوا قالوا : نحلف على الغيب يا رسول الله	٦٠٣
ان النبى ﷺ قال : ما عدل وال اتجر فى رعيته ابدا	٣٣٨
ان النبى ﷺ قال من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظة ولفظه واشارته ومقعده	٣٧٠
لان النبى ﷺ قال : « واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها »	٣٨٠
لان النبى ﷺ قال : يا انيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها	٣٧٥
ان النبى ﷺ قال : يا على اذا جلس اليك الخصمان فلا تقضى بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت الأول فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء	٣٧١
لان النبى ﷺ قسم غنائم بدر بشعب يقال له الصفراء ، وقسم غنائم خيبر على ثمانية عشر سهما ، وقسموا غنائم حنين بأوطاس وقيل بالجعرانية	٤٢٠

الحديث — الصفحة

الحــديث | الصفحة

الحديث	الصفحة

(حرف الباء)

(حرف التاء)

(حرف الخاء)

(حرف الدال)

الحـديث — الصفحة

الحديث　　　　　　　　　　　　　　　　　الصفحة

الحـديث | الصفحة

الحـــديث الصفحة

الحـديث — الصفحة

الحـديث	الصفحة
النبى ﷺ اسق يا زبير ارضك ثم ارسل المـاء الى جارك فقال الأنصارى : وان كان ابن عمتك يا رسول الله. فغضب النبى ﷺ وقال : اسق يا زبير ثم احبس المـاء حتى يبلغ أصول الجور	٣٠٧
روى أن المقداد استقرض من عثمان مالا فتحاكما الى عمر فقال المقداد هو اربعـة آلاف وقال عثمان : سبعة آلاف فقال المقداد لعثمان : احلف انه سبعة آلاف فقال عمر : انه انصفك ، فلم يحلف عثمان فلما ولى المقداد قال عثمان والله لقد اقرضته سبعة آلاف فقال عمر : لم لم تحلف ؟ فقال : خشيت ان يوافق ذلك به قدر بلهاء فيقال بيمينه	٢٨١
روى ان النبى ﷺ اتى برجل اقر بانه سرق شـملة فقال : اقطعوه واحسـموه	٢٢٥
روى أن النبى ﷺ أراد أن يجلد رجلا فاتى بسوط خلق فقال. فوق هذا فاتى بسوط حديد فقـال بـين هذين فاتى بسوط قد لان فضرب به	٨٢
روى أن النبى ﷺ أمر فى سارق رداء صفوان أن تقطع يده فقال صفوان : انى لم ارد هذا وهو عليه صدقة فقال رسول الله ﷺ فهلا قبل أن تأتينى به ؟	٢١٠
روى أن النبى ﷺ قال : اقيلوا ذوى الهيئـات عثراتهم الا فى الحدود	٣٠٥
روى أن النبى ﷺ قال : القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاضى فى الجنة فأما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو فى الجنة واما اللذان فى النار فرجل عرف الحق فجار فى حكمه فهو فى النـار ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار	٣١٩
روى أن النبى ﷺ قال : ايعجز أحدكم أن يكون كابى ضمضم كان يقول تصدقت بعرضى	١٢٦
روى ان النبى ﷺ قال فى السـارق : اذا سرق فاقطعوا يده اليمنى فاتى النبى ﷺ بسارق فقطع يمينه	٢٢٠ ، ٢٢١

الحديث | الصفحة

الحـــديث	الصـفحة
فقال عمر رضى الله عنه كذبت ان الله تعالى اكرم من ان يهتك عبـــده فى أول دفعـــة	١١٢
روى أن ماعز بن مالك لمـا وجد الم الحجارة فر بين أيديهم فتبعوه ورجمـــوه حتى مات ثم ذكروا ذلك للنبى ﷺ فقـــال النبى ﷺ هلا خليتمـــوه حين سعى بين أيديكم	٨٩
يروى أن ماعزا مر على عمر قبل أن يقر فقال لـــه عمر : االخبرت احـــدا قبلى ؟ قال : لا ، قال : فاذهب فاستتر بستر الله وتب الى الله فان النـــاس يعيرون ولا يغيرون والله تعالى يغير ولا يعير فتب الى الله ولا تخبر به أحدا فذهب الى ابى بكر فقال مثل ما قاله عمر ثم ذهب الى هذا الرجل الذى لامه النبى ﷺ واسمه هزاع فامره بمـــا اقـــر به وكان اللوم من النبى ﷺ	٢٧٨
روى ان مروان اتى بســـارق فلم يقطـع وقال : اراه مضطرا	٢٠٩
روى انه قال لصفوان بن امية « ان من لم يهاجر هلك » فهاجر الى المدينة فنام فى المسجد فسرق رداءه من تحت راســـه فانتبه وصـــاح واخذ الســـارق وجاء به الى النبى ﷺ فقطع يده فقال : يا رسول الله ما اردت هذا هو عليه صـــدقة فقال النبى ﷺ هـــلا قلت قبـــل ان تاتينى به	١٥٣ ، ١٥٤
روى بريدة قال « جاءت امراة من غامد الى رسول الله ﷺ فاعترفت بالزنا فحفر لها الى صـــدرها ثم امر برجمهـــا	٨٥ ، ٨٦
روى جابر ان النبى ﷺ قال : ليس على المختلس ولا على المنتهب ولا على الخائن قطع	١٥٤
روى جابر رضى الله عنه قال : ليـــس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع ومن انتهب نهبة مشـــهورة فليس منـــا	١٤٤
روى حذيفة رضى الله عنه ان جبريل احتمل أرضهم	

الحـديث	الصفحة
فرفعها حتى سمع أهل سماء الدنيا صوت كلا بهم وأوقد تحتهم نارا وقلبهم عليها	٦٠
روى خلاس ان عليا كرم الله وجهه قال في عبد قذف حرا نصف الحد	٩١
روى سعيد بن المسيب قال : ذكر الزنا بالشام فقال رجل : زنيت البارحة فقالوا : ما تقول ؟ قال : ما علمت أن الله عز وجل حرمه فكتب ـ يعنى عمر ـ ان كان يعلم أن الله حرمه فحدوه وان لم يكن قد علم فأعلموه فان عاد فارجموه	٤٩
روى سليمان عن حريث قال : شهد رجلا عند عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال له عمر رضي الله عنه : اني لست أعرفك ولا نضيرك أني لا أعرفك فأتنى بمن يعرفك ، فقال رجل : أنا أعرفه يا أمير المؤمنين . فقال : بأى شيء تعرفه ؟ قال : العدالة قال : هو جارم الأدنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه ؟ قال : لا قال : فصاحبك في السفر الذى يستدل به على مكارم الأخلاق ؟ قال : لا قال : لست تعرفه ثم قال للرجل : ائتنى بمن يعرفك	٣٤٧
روى سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبى ﷺ من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى فدخلت عليه جارية لبعضهم فوقع عليها فلما دخل عليه رجال من قومه يعودونه ذكر لهم ذلك وقال استفتوا لى رسول الله ﷺ فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا ما رأينا بأحد من الضمر مثل الذى هو به لو حملناه اليك يا رسول الله لتفسخت عظامه ما هو الا جلد على عظم فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة	٧٩
روى سهل بن سعد الساعدى أن رجلا أقر أنه زنى بامرأة فبعث النبى ﷺ فجحدت فحد الرجل ..	٥٥
روت عائشة رضى الله عنها قالت : أتى رسول الله ﷺ بسارق قد سرق فأمر به فقطع فقيل : يا رسول	

الحديث	الصفحة
روى عروة قال : شفع الزبير فى سارق فقيل : حتى يأتى السلطان قال : اذا بلغ السلطان فلعن الله الشافع والمشفع كما قال رسول الله ﷺ	٢١٧
روى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ « فرق بين المتلاعنين وقضى الا يدعى الولد لأب وانها لا ترمى وولدها فمن رماها او ولدها فعليه الحد ..	١٣٨
روى على كرم الله وجهه أن النبى ﷺ قال : اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم	٧٣
روى عمر بن سعيد عن على كرم الله وجهه انه قال : ما من رجل اقمت عليه حدا فمات فأجد فى نفسى انه لا دية له الا شارب الخمر فانه لو مات من الحد فان النبى ﷺ لم يسنه	٣٠٨
روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبى ﷺ سئل عن التمر المعلق هل فيه قطع ؟ قال : لا قطع فيما اواه الجرين وبلغ ثمن المجن قال وقيمة المجن يومئذ كانت ربع دينار او ثلاثة دراهم وصرف الدينار اثنى عشر	١٥٨
روى عن ابن عباس انه خرج من البصر واستخلف ابا الأسود الديلى فاتى بلص نقب حرزا على قوم فوجدوه فى النقب فقال بسكين اراد أن يسرق فأعجلتموه فضربه خمسة وعشرين سوطا وخلى عنه	٣٠٥
روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل ولم يأخذ المال قتل	٢٣٦
روينا عن ابن عباس انه قال ونفيهم اذا هربوا أن يطلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود	٢٣١
روى عن ابن مسعود اتى بغلام قد سرق فشبروه فنقص من خمسة أشبار فلم يقطعه	١٥٤

الحـديث | الصفحة

(حرف السين)

(حرف الشين)

(حرف الطاء)

(حرف العين)

عن ربيعة بن ابى عبد الرحمن : ان الزبير بن العوام لقى رجلا قد اخـذ سـارقا وهو يريد ان يذهب به الى السلطان فشفع له الزبير ليرسـله ، فقال : لا حتى ابلغ به السلطان فقال الزبير : اذا بلغت به السـلطان فلعن الله الشـافع والمشـفع ٢١٨

عن سعيد بن المسيب : ان عمر قال : الدية للعاقلة لا ترث المراة من دية زوجهـا حتى اخبره الضـحاك بن سـفيان الكلابى ان النبى ﷺ كتب الى ان اورث امراة اشيم الضـبابى من دية زوجها ٤٠٨

عن سعيد بن جبير أن ابن عباس قال : ان اهـل مدينة من بنى اسرائيل وجـدوا شيخا قتيلا فى اصـل مدينتهم فاقبل أهل مدينة اخرى فقالوا : قتلتم صاحبنا وابن اخ له شـاب يبكى ويقول : قتلتم عمى فأتوا موسى عليه السـلام فأوحى الله تعالى اليـه أن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة فذكر حديث البقرة بقوله قال : فاقبـلوا بالبقرة حتى انتهوا بها الى قبر الشـيخ وهو بين المدينتين وابن اخيـه قائم عند قبره يبكى فذبحوها فضرب ببعضه من لحمها القبر فقام الشـيخ ينفض عن راسـه ويقول : قتلنى ابن اخى طال عليـه عمره وأراد اكل مالى ومات ٥٦٧

عن سليمان بن بريدة عن ابيه ان النبى ﷺ جاءته امراة من غامد من الأزد فقالت : يا رسول الله طهرنى ، فقال : ويحـك ارجعى فاسـتغفرى الله وتوبى اليـه ، فقالت : اراك يريد أن ترددنى كما رددت ماعز بن مالك ، قال : وما ذاك ؟ قالت : انى حبلى من الزنا قال : انت ؟ قالت : نعم ، فقال لها : حتى تضعى ما فى بطنك ، قال فكفلها رجل من الانصـار حتى وضعت قال : فأتى النبى ﷺ فقال : قد وضعت الغامـدية ، فقال : لا ترجمهـا وتدع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقال رجـل من الأنصار فقال : الى رضاعه يا نبى الله قال : فارجمها .. ٧٠

عن سهل بن ابى حتمه انه أخبره عن رجـال من كبراء قومه ان عبد الله بن سـهل ومحيصه خرجـا الى خيبر من جهد أصابهما فاتى محيصة فأخبر أن عبد الله

ابن سـهل قد قتل وطرح فى عين او فقير فاتى يهود فقال : انتم والله قتلتموه قالوا : والله ما قتلناه ثم اقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك ثم اقبـل هو واخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن بن سـهل فذهب محيصة ليتكلم وهو الذى كان بخيبر فقال رسـول الله ﷺ لمحيصة : كبر كبر يريد السـن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسـول الله ﷺ اما أن يدوا صاحبكم واما أن يؤذنوا بحرب فكتب رسـول الله ﷺ اليهم فى ذلك فكتبوا انا الله ما قتلناه فقال رسول الله ﷺ اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا : لا قال : فتحلف لكم يهود ؟ قالوا : ليسـوا مسلمين فوداه رسـول الله ﷺ من عنـده فبعث اليهم رسـول الله ﷺ مائة ناقة حتى دخلت عليهم الدار قال سهل : لقد ركضتنى منها ناقة حمـراء ٥٥٠

عن سهل بن ابى حتمة قال : وجد عبـد الله بن سهل قتيلا فجاء اخوه حويصـة ومحيصـة وهما عمـا عبد الله بن سهل الى رسول الله ﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلم فقـال له رسـول الله ﷺ الكبر الكبر ، قالوا : يا رسـول الله انا وجـدنا عبد الله بن سـهل قتيلا فى قليب ـ يعنى من قليب خيبر ـ قال النبى : من تتهمون؟ قالوا انتهم يهود قال : فتقسـمون خمسـين يمينا أن اليهود قتلته ، قالوا : كيف نقسـم على ما لم نر ؟ قال : فتبريكم اليهود بخمسـين يمينا أنهم لم يقتلوه قالوا : وكيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون ؟ فوداه رسـول الله ﷺ من عنـده ٥٥٠

عن سهل بن ابى حتمة ورافع بن خديج أن محيصة ابن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا قبـل خيبر فتفرقا فى النخل فقتل عبد الله بن سـهل فاتهموا اليهود فجاء اخوه عبد الرحمن وابن عمه حويصة ومحيصة الى النبى ﷺ فتكلم عبد الرحمن فى أمر أخيـه وهـو أصـغر القوم فقال رسـول الله ﷺ : كبر الكبر او قال : ليبدأ الأكبر فتكلما فى أمر صـاحبهم فقال رسـول الله ﷺ يقسـم خمسـون منكم على رجل منهم فيدفع برمته قالوا

الحديث — الصفحة

الحديث — الصفحة

(حرف الغين)

الحديث — الصفحة

(حرف الفاء)

(حرف القاف)

أو للنعمان بن المنذر ثم نزل منا بمثل الذى نزلت بـه رجونا عطفه وعائدته علينا وانت خير المكفولين ، فقـال رسول الله ﷺ : « ابناؤكم ونسـاؤكم احب اليـكم أم أموالكم ؟ » فقالوا : يا رسـول الله خيرتنا بين أموالنـا وأحسابنا بل ترد الينـا نساءنا وابناءنا فهو أحب الينا فقال لهم : أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لـكم واذا ما انـا صليت الظهر بالناس فقوموا فقولوا : انـا نستشفع برسـول الله ﷺ الى المسلمين وبالمسلمين الى رسول الله ﷺ فى أبنائنا ونسائنا فسأعطيكم عند ذلك واسأل لكم . فلما ﷺ بالناس الظهر قاموا فتكلموا بالذى امرهم به رسول الله ﷺ فقال ﷺ : أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم . فقال المهاجرون : وما كان لنـا فهو لرسول الله ﷺ وقالت الانصار : وما كان لنا فهو لرسول الله ﷺ فقال الأقرع بن حابس : اما أما وبنو تميم فلا وقال عيينة بن حصن اما انا وبنو فزارة فلا وقال عباس بن مرداس : اما انـا وبنو سليم فلا فقالت بنو سليم : بلى ما كان لنـا فهو لرسول الله ﷺ فقال عباس : وهنتمونى فقال ﷺ : اما من تمسك منكم بحقه من هذا السبى فله بكل انسان ست فرائض من أول سبى أصيبه فردوا الى الناس ابناءهم ونسـاءهم . ولمـا فرغ ﷺ من رد سبايا حنين الى اهلها ركب واتبعه الناس يقولون : يا رسول الله اقسم علينا فيئنا من الابل والغنم حتى الجأوه الى شجرة فاختطفت عنه رداؤه فقال : ردوا على ردائى ايها الناس فوالله أن لو كان لكم بعدد شجر تهامة نعمـا لقسمته عليكم ثم ما القيتمونى بخيلا ولا جبانا ولا كذوبا ثم قام الى جنب بعير ثم اخذ وبرة من سنامه بين أصبعيه ثم رفعها ثم قال : ايهـا النـاس والله ما لى من فيئكم ولا هذه الوبرة الا الخمس والخمس مردود عليكم فأدوا الخياط والمخيط فان الغلول يكون على أهله عارا ونارا وشنارا يوم القيامة وقد دخل عقيـل بن أبى طالب يوم حنين على امرأته فاطمة ابنة شيبة بن ربيعة وسيفه متلطخ دمـا فقالت : انى قد عرفت انك قد قاتلت فماذا أصبت من غنائم المشركين ؟ فقال : دونك هذه الابرة تخيطين بها

الحـديث	الصفحة
ثيابك فدفعها اليها فسمع منادى رسول الله ﷺ يقول : من اخذ شيئا فليرده حتى الخياط والمخيط فرجع عقيل فقال : ما ارى ابرتك الا قـد ذهبت »	٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥
يقسم خمسون من الحى الذى وجد فيه بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا فان حلفوا بروا وان لم يحلفوا اقسم من هؤلاء خمسون بالله ان دمنا فيكم ثم يغرمون الدية	٥٥٩
يقسم خمسون منكم	٥٥٤
يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته	٥٥٣ ، ٥٦٩
قصة كعب بن مالك حين اراد ان يتزوج كتابية فنها النبى ﷺ قائلا : انها لا تحصنك	٩٢
قضى النبى ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدى الحاكم	٣٧٣ ، ٣٧٤
قضى بالبينة على الطالب والايمان على المطلوب الا فى الدم	٥٦٠
قضى رسول الله ﷺ بخمسين يمينا ثم يحق دم المقتول اذا حلف عليه ثم يقتل قاتله أو تؤخذ ديته ويحلف عليه أولياؤه من كانوا قليلا او كثيرا فمن ترك منهم اليمين ثبت على من بقى من يحلف	٥٧٦ ، ٥٧٧
القضاة ثلاث	٣٢٠
القضاة ثلاثة واحد فى الجنة واثنان فى النار فاما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو فى الجنة ورجل عرف الحق فحكم فجار فى حكمه فهو فى النار فهو فى النار ورجل قضى بين الناس على جهل فهو فى النار	٣١٥ ، ٣٢١
اقطعوا السارق فى ربع دينار	١٥٩
قطع النبى ﷺ سارق بردة صفوان بين امية وكان متوسدا بها	١٦٠
تقطع اليد فى ربع دينار	١٤٧

الحـديث	الصفحة
تقطع اليد فى ربع دينار فصاعدا	١٤٧
القطع فى ربع دينار	٢٣٣،٢٢٦،٢١٢
اقطعوا فى ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك	١٥٦
لا قطع الا فى دينــار	١٥٧
لا قطع فى ثمر ولا كثر	١٥٨
فاقطعوا يمينــه	٢٢٤
قوم المجن الذى قطع فيه رسول الله ﷺ بعشرة دراهم	١٥٦
قيمتــه ثـلاثة دراهم	١٥٦

(حرف الكاف)

كان ابو بكر رضى الله عنه يقول : لغرته بربه اشد على من سرقتــه	١٦٨
كانت أرض بينى وبين يهودى فجحدونى فأتيت به النبى ﷺ فقــال لى : الك بينــه ؟ فقلت : لا ، فقال اليهودى : احلف ، فقلت اذن يحلف ويذهب بالمــال ..	٤٦٨
كانت امراة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فامر النبى ﷺ بقطع يدها فأتى أهلهــا أسامة بن زيد فكلموه فكلم النبى ﷺ فيها فقال له النبى ﷺ : يا أسامة لا أراك تشفع فى حــد من حدود الله عز وجل ثم قام النبى ﷺ خطيبا فقال : انما هلك من كان قبلكم بانه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها فقطع المخزومية	٢١٨
كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر فاختصما الى رسول الله ﷺ فقال : شاهداك او يمينه ، فقلت : انه اذن يحلف ولا يبالى فقال : متى حلف على يمين يقطع بها مال امرىء مســلم فهو فيها فاجر لقى الله وهو عليــه غضـبان	٤٦٦

الحـديث	الصفحة

الحـــديث	الصفحة
لعن الله الشـافع والمشـفع	٢١٨
لعن رسـول الله ﷺ الراشي والمرتشي والرائش ..	٣٣٥
ملعون ملعون من أحاط على مشربه	١٩٢
لقد خشيت أن يبهأ الناس	٦١١
ولكن اليمين على المدعى عليه	٤٦٣، ٥٧٥، ٥٨٣، ٦٠٣، ٦٠٤
لـما بلغ رسـول الله ﷺ ان أهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى قال لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة	٣٢٠
لم يسن فيه شيئا انما قلناه نحن	٣٠٩
لن تزول قدم شاهد الزور حتى يوجب الله له النار	٣٥٦
لو أن الناس اعطوا بدعواهم لا دعى ناس من الناس دماء ناس واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه	٥٨١، ٦٠٤
لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجـال وامـوالهم	٤٥٦، ٤٦٥، ٥٨١
لو اعطى الناس بدعواهم لا دعى قوم دمـاء قـوم واموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه	٤٥٧، ٥٨٣
ولو دعيت الى كراع لأجبت	٣٣٧
فليس بمحصن	٩٢
ليس على الخائن ولا على المختلس قطع	١٥٠
ليس على الخائن ولا على المختلس ولا على المنتهب قطـــع	١٩١
ليس على المختلس ولا على الخائن قطع	١٤٦
ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع ..	١٤٦
ليس على من سرق من بيت المـال قطع	١٦٢
ليس فى هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفر	٧٩

(حرف المـيم)

الحـــديث	الصفحة
ما اخا لك سرقت ، قال : بلى	٢١٣
وما استكرهوا عليـه	٥١
ما افلح قوم اسندوا امرهم الى امراة	٣١٩
ما افلح قوم ولوا أمرهم امراة	٣٢٢

الحديث	الصفحة

(حرف النون)

(حرف الهاء)

(حرف الواو)

ثالثا : الأشعار الاستشهادية

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

قال الحطيئة الشاعر :

ماذا تقول لأفراخ بذى مرخ
حمر الحواصل لا ماء ولا شجر
ألقيت كاسبهم فى قعر مظلمه
فارحم عليك سلام الله يا عمر — ٣٤٣

قال الحطيئة الشاعر :

دع المكارم لا ترحل لبغيتها
واقعد فانك أنت الطاعم الكاسى — ٣٤٤

قال الشاعر :

اعوذ بجدك انى امرؤ
سقتنى الأعادى سما سجالا
فانك خير من الزبرقان
اشد نكالا وارجى نوالا
تحنن على هداك المليك
فان لكل مقام مقاما
ولا تأخذنى بقول الوشاه
فان لكل زمان رجالا — ٣٤٤

قال الشاعر :

ماذا تقول لأفراخ بذى مرخ
زغب الحواصل لا ماء ولا شجر
غادرت كاسبهم فى قعر مظلمه
فاغفر هداك مليك الناس ياعمر
انت الامام الذى من بعد صاحبه
القت اليك مقاليد النهى البشر — ٣٤٤ ، ٣٤٥

قال الحطيئة :

واخذت اطراف الكلام فلم تدع
شتما يضر ولا مديحا ينفع
وحميتنى عرض اللئيم فلم يخف
ذمى واصبح امنا لا يفزع — ٣٤٥

الصفحة

قال عبد قيس بن بجرة :

يسوقون لحاظا او امارايته
بسلع ذكرت الهجرسي المتربيا ٢٧٢

قال متمم بن نويرة في رثاء اخيه مالك :

لقد لامني عند العبور على البكا
رفيقي لتذراف الدموع السوافك

وقال : اتبكي كل قبر رايته
لقبر ثوى بين اللوى فالدكادك

فقالت له: ان الاسي يبعث الأسى
فدعني فهذا كله قبر مالك ٢٧٢

قال مزرد :

تطاللت فاستشرفته فرايته
فقلت له اانت زيد الأرقم ٢٧٣

قال زهير :

واني لتعديني على الهم جسره
تخب بوصال صروم وتعنق ٢٧٦

قال الشاعر :

ويحملني في الروع اجرد سابح
ممر ككر الأندري سنوف
اذا واضح التقريب اخر سرجه
له صارك عال اشم شريف ٢٧٣

قال المهاجر ابن امية القائل لعمرو بن معد يكرب :

فلولا لاقيتني لا قيت قرنا
وودعت الحبائب بالسلائم
لعلك موعدي بيني زبيد
وما قامعت من تلك اللئام ٢٧٧

الصفحة

قال الاخفشي :

الا يا لقومي للنوائب والقدر
وللأمر يأتي المرء من حيث لا يدري
وللأرض كم من صالح تودات
عليه فوارته بلماعه ففر
فلاذا جلال هبنه لجلاله
ولاذا ضياع هن يتركن للفقر ٣٨٥

قال اللحياني :

كل شيء حتى أخيك متاع
وبقدر تفرق واجتماع ٣٨٥

قال الشاعر :

فلم أنكل عن الضرب مسمعا ٣٨٦

قال هذيل :

فارم على اقفائهم بمنكل
بصخرة أو عرض جيشي جحفل ٣٨٦

قال الشاعر :

وصهباء يطاوف يهوديا
وأبرزها وعليها ختم ٤٠٩

قال الشاعر :

نظرت ابا يعقوب في الجسب التي
طرت فاقامت منهم كل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث وللذي
استلاط جميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ما سينوبه
وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعي نصفا من المال ربعه
ويؤخذ نصف السدس من كل واحد ٤٨٤



رابعـا : الاعــــلام

(حرف الألف)

(حرف الباء)

(حرف التاء)

(حرف الثاء)

(حرف الجيم)

(حرف الحـاء)

(حرف الخاء)

(حرف الدال)

(حرف الذال)

(حرف الراء)

(حرف الزاى)

(حرف السين)

(حرف الشين)

(حرف الصـــاد)

(حرف الضـــاد)

(حرف الطـاء)

(حرف الظاء)

(حرف العين)

(حرف الغين)

(حرف الفاء)

(حرف القاف)

(حرف الكاف)

(حرف اللام)

(حرف الميم)

(حرف النون)

(حرف الهاء)

(حرف الـواو)

(حرف اليـاء)

خامسا : فهرس الأحكام

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)





